٢ ئـ

الدكتور محمد رأفت عثمان

سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع

١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م

الناشرين

دار الكتاب الجامعي
٨ ش سليمان الحلبي
ت ٥٤٢٢٨١ : ٩٨٦٥٤١

دار الانصار
٨١ ش البستان ناصية الجمهورية
عابدين ت ٩٢١٥٨١

دار الطباعة المحمدية ٣ درب الأتراك بالأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد الله تبارك وتعالى : وأستعينه ، وأستهديه ، وأصلى وأسلم على سيدنا محمد ، وعلى آله ، وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد ، فإن الزواج من الأمور التى شرعها الله تعالى : لأفراد البشر ، به يبقى النوع الإنسانى على الوجه الأكمل .

وقد حرصت شريعة الله على أن تكون علاقة الزوجين موسومة بالألفة والمحبة والرحمة ، نرى ذلك واضحا فى نصوص الشريعة الإسلامية ، فى القرآن الكريم ، والسنة النبوية ، فنجد الله تبارك تعالى يمتن علينا فى الكتاب الكريم ، بأن خلق لنا من أنفسنا أزواجا لنسكن إليها ، وجعل بيننا وبينهن المحبة والرحمة ، قال سبحانه : «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون»[1] .

ونجد رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر الرجل إذا أراد أن يتزوج أن ينظر — قبل الإقدام على عقد الزواج — إلى من يريد خطبتها ، لأنه إذا نظر إليها فأعجبته ، كان ذلك من الأسباب التى تؤدى إلى حصول المحبة الألفة بينهما بعد الزواج ، فتتحقق الثمار المقصودة من الزواج من إحصان النفس ، والسكن والمحبة والرحمة ، فقد روى عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة ، فقال النبى : صلى الله عليه وسلم « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « خطب رجل امرأة . فقال

---

(1) سورة الروم ، الآية رقم ٢١ .

النبي صلى الله عليه وسلم : « انظر إليها ، فإن في أعين الأنصار شيئا»(١) وعن موسى بن عبدالله ، عن أبي حميد أو حميدة ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا خطب أحدكم امرأة ، فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لا تعلم(٢) .

وقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم : على الأمر الذي يجلب التودد والتحاب بين الزوجين ، فأمر الأزواج إذا سافروا سفرا يطيلون فيه الغيبة عن زوجاتهم ، أن يتأنوا عند قدومهم على الزوجات ، حتى يشعرن بقدومهم قبل وصولهم ، بزمن يتسع للتنظيف والتزين لأزواجهن .

روى البخاري ومسلم عن جابر رضي الله عنه ، قال : كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة ، فلما قدمنا المدينة ، ذهبنا لندخل ، فقال : صلى الله عليه وسلم « أمهلوا حتى تدخلوا ليلا - يعني عشاء - لكي تمتشط الشعثة(٣) وتستحد(٤) المغيبة(٥) .

---

(١) فسر بعض العلماء الشيء الذي في أعين الأنصار بالعمش ، وفسره البعض الآخر بالصغر ، وقد بين ابن حجر العسقلاني أن الثاني هو المعتمد ، لأنه وقع في رواية أبي عوانة في مستخرجه . فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٩ ص١٤٣ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص١٠٩ ، ١١٠

(٣) الشعثة - بفتح الشين المشددة ، وكسر العين - هي ، التي لم تدهن شعرها وتمشطه .

(٤) تستحد أي تستعمل الحديدة وهي الموسى في إزالة الشعر .

(٥) المغيبة ، بضم الميم وكسر الغين . أي المرأة التي غاب عنها زوجها ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٩ ص٢٩٨ وسبل السلام للصنعاني ج ٣ ص١٦٠ ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢١٤ .

من كل ما سبق ندرك مدى حرص الشريعة الإسلامية على أن تكون العلاقة بين الزوجين أساسها الألفة والمحبة ، بعد هذا نقول : إنه إذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبا يمنعه من الاستمتاع ، لم يكن يعلم به قبل إقدامه على عقد الزواج ، فقد يؤدى ذلك - غالبا - إلى فوات الألفة والمحبة التى تحرص شريعة الإسلام على أن تكون علاقة الزوجين مبنية عليها .

وسنبين فى هذا البحث الذى نقدمه للقارىء آراء علمائنا رضى الله عنهم، فى العيوب التى تمنع الاستمتاع بين الزوجين ، إذا وجد أحدها فى واحد من الزوجين ، فهل يعطى الحق فى طلب فسخ الزواج أم لا ، وإذا كانت العيوب التى تمنع الاستمتاع تعطى الحق فى طلب فسخ الزواج ، فهل تعطى هذا الحق لكل واحد من الزوجين ، أو هى تعطى هذا الحق للزوجة فقط ، لأنه ليس لها مخرج من مثل هذا الزواج إلا بإثبات هذا الحق لها وأما الزوج فالشرع قد أعطاه حق تطليق زوجته ؟

ثم إذا كانت العيوب التى تمنع الاستمتاع بين الزوجين تثبت الحق فى طلب التفريق بينهما ، فما هى حدود هذه العيوب ، هل هى كل عيب يمنع الاستمتاع بين الزوجين ، أم أن هناك عيوبا معينة هى التى تثبت حق طلب التفريق وليس كل العيوب .

ثم بعد الحكم من القاضى بالتفريق بين الزوجين بأحد العيوب التى تمنع الاستمتاع ، ما هى الآثار التى تترتب على هذا التفريق ؟ هل يثبت للزوجة مهرها ، سواء أكان قد دخل بها الزوج أم لا ، وسواء أكانت الفرقة بسبب عيب من ناحيتها . أو من ناحيته ، وإذا ثبت المهر للزوجة ، فهل سيتحمله الزوج أو أن له الرجوع بالمهر على الشخص الذى غره بالزوجة التى بها عيب يمنع الاستمتاع ؟

وهل للزوجة التى فارقها زوجها لوجود عيب يمنع الاستمتاع نفقة ، وكسوة ، وسكنى فى مدة العدة ؟

وهل لولى أمر الصغيرة أو الصغير الحق فى أن يزوجهما بمن به عيب يمنع الاستمتاع ؟

هذه القضايا وغيرها من القضايا الأخرى التى تتصل بهذا الموضوع تعرض لها هذا البحث بالدراسة الفقهية المقارنة ، فكنا نذكر آراء علمائنا فى المسألة المختلف فيها ، ونذكر لكل رأى دليله الذى اعتمد عليه ونتبع كل دليل بالمناقشة العلمية إن وجدنا هذه المناقشة ، ثم فى النهاية نرجح الرأى الذى يتضح لنا بعد المناقشة أنه الأقوى من حيث الدليل ، دون تعصب لرأى معين من الآراء ، فلا نتبع الأسماء بل نتبع الدليل حيث وجد .

وإذا لم يتضح لنا قوة رأى من الآراء التى ذكرناها فى المسألة المختلف فيها ، فإننا كنا نكتفى فى هذه الحال بذكر الآراء وأدلتها ، والمناقشة التى وردت على هذه الأدلة إن وجدنا هذه المناقشة .

هذا ، ولم تكن دراستنا قاصرة على بحث الموضوع فى المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة المشهورة ، بل ولا كانت الدراسة قاصرة على المذاهب الفقهية الإسلامية الثمانية التى لها فى المكتبة الإسلامية - ولله الحمد - مصادر يرجع إليها من يشاء ، وهى المذهب المالكى ، والحنفى ، والشافعى ، والحنبلى ، والظاهرى ، والزيدى ، والإمامى ، والأباضى ، لم تكن دراستنا قاصرة على هذه المذاهب ، بل تجاوزتها إلى بيان آراء العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ممن ليس لهم مذاهب فقهية معروفة ينتسب إليها الناس ويلتزمونها كالمذاهب المذكورة .

وكانت خطة البحث أن قسمناه إلى ثلاثة فصول :

عقدنا الفصل الأول منها لبيان آراء العلماء فى حق طلب التفريق بين الزوجين بالعيوب التى تمنع الاستمتاع .

وخصصنا الفصل الثانى لبيان العيوب المجيزة للتفريق عند علمائنا القائلين بالتفريق ، وما يتصل بها من قضايا .

وأما الفصل الثالث فقد جعلناه لبيان الآثار التى تترتب على التفريق بين الزوجين .

وقد التزمنا ـ كما هو المنهج العلمى ـ أن نتعرف على آراء علمائنا بالرجوع إلى كتبهم أو كتب أتباعهم ، فلا نأخذ المذهب من كتب مذهب آخر ، فإذا لم يكن لمن ننقل رأيه كتاب دون فيه رأيه ، وليس له أتباع لهم كتب دونوا فيها مذهبه ، فإننا كنا فى هذه الحال نرجع إلى الكتب التى بينت آراء علمائنا الذين ليست لهم مذاهب يتبعها الناس ويلتزمونها مذهبا ، وهذه الكتب وتلك كثيرة فى المكتبة الإسلامية ولله الحمد .

هذا ، وإذا كان من فوائد البحوث التى تنتشر على الناس وثمراتها ، أن يفهم الناس أمور دينهم ، وأن تبين لهم الأحكام الشرعية لتصرفاتهم ومعاملاتهم ـ وهذا مقصد إذا قصده الكاتب يثاب عليه إن شاء الله ـ فإنه ينبغى أن تكون عبارات هذه البحوث قريبة إلى أفهام القراء بقدر المستطاع ، وهذا ما كنت أحاوله وأرجو الله أن أكون قد وفقت فيما حاولته .

وأخيرا ، فإننى أرجو الله أن تكون رعايته قد حاطتنى فيما تناولت من قضايا وأدعوه سبحانه أن يغفر لى ما قصرت ، وأن يثيبنى على ما بذلت من جهد قليل فى هذا البحث وفى غيره ، وأن يجعله من الأمور الثلاثة التى لا تنقطع بموت الإنسان ، وهى ـ كما بينها رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ الصدقة الجارية ، والعلم المنتفع به ، والولد الصالح الذى يدعو له .

اللهم آمين ؟

دكتور محمد رأفت عثمان
أستاذ مساعد الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الفصل الأول

آراء العلماء فى التفريق بين الزوجين بالعيوب

ويشتمل على ما يأتى :

١ ــ الرأى الأول : يثبت حق التفريق لكل من الزوجين بعيوب خاصة.

٢ ــ الرأى الثانى : الزوج ليس له حق رد زوجته بأى عيب فيها . والزوجة لها حق رد زوجها بعيوب خاصة .

٣ ــ الرأى الثالث : لا حق لأى من الزوجين فى فسخ الزواج بأى عيب فى الآخر .

٤ ــ الرأى الرابع : الرد يثبت للزوج بكل عيب فى المرأة ترد به الجارية فى البيع ، ويثبت للزوجة بكل عيب منفر فى الزوج .

٥ ــ أسباب الخلاف بين العلماء .

٦ ــ أدلة الآراء ومناقشتها ، وبيان الرأى الراجح .

٧ ــ هل الخيار للزوجين فى العيب على التراخى أم على الفور ؟

٨ ــ هل الفرقة بين الزوجين بالعيوب فسخ أم طلاق ؟

٩ ــ الفرق بين الفسخ والطلاق .

آراء العلماء فى التفريق بين الزوجين بالعيوب

تحديد موضع الخلاف :

نحب فى البداية أن نبين أنه لم نجد فيما اطلعنا عليه من المصادر العلمية خلافا بين علماء الأمة الإسلامية فى أنه إذا علم أحد الزوجين بوجود عيب فى الآخر وقت عقد الزواج ، أو قبله ، أو بعده ثم وجد منه رضا بذلك ، أو وجد منه ما يدل على الرضا ، كالدخول بالمرأة أو كون المرأة مكنته من وطئها مع علمها بعيبه ، فإنه لا يحق له بعد ذلك أن يطلب التفريق بينهما .(١) لأنه والحال كذلك قد رضى بإسقاط حقه ، فسقط حقه ، كما لو علم المشترى بعيب فى المبيع فرضى به ، إلا فى حالة ما إذا كان الزوج عنينا كما هو تعبير جمهور العلماء ، أو معترضا كما هو تعبير المالكية ، وهو على كلا التعبيرين من لا يستطيع أن يطأ زوجته فى فرجها مع وجود آلته لعدم القوة التى تؤدى إلى انتشار الذكر ، فبعض العلماء كالمالكية والشافعية يرون أنه إذا علمت زوجته بعنته أو اعتراضه قبل عقد الزواج أو بعده ، ومع ذلك مكنته من أن يجامعها ولم يجامعها ، فإنه يثبت لها حق التفريق وعلل هذا بأنها كانت ترجو شفاءه ولم يحصل هذا الشفاء . ولأن العنة تحصل فى حق امرأة دون امرأة أخرى ، فقـد يعجز الرجل عن وطء امرأة ولا يعجز عن وطء امرأة أخرى ،

وجمهور العلماء ومنهم عطاء والثورى ، وابن القاسم ، والحنفية ، والشافعى فى مذهبه القديم ببغداد يرون أن المرأة إذا علمت وقت عقد

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ح٧ ص ٥٨٠ .

الزواج أن زوجها عنين ومع ذلك أقدمت على الزواج به فلا يثبت لها الخيار فى الفرقة ، فمن الشرط عندهم أن لا تكون عالمة بعجزه عن الوطء مطلقا سواء أكان العيب عنة أو غيرها من الجب أى قطع الذكر أو الخصاء ، وعلل هذا الرأى بأن المرأة قد رضيت بالعيب ودخلت فى عقد الزواج وهى عالمة به فلم يثبت لها الحق فى التفريق كما لا يثبت لها الحق فى التفريق إذا كانت تعلم أنه مجبوب .

كما لم نجد فيما اطلعنا عليه من المصادر العلمية خلافا بين العلماء فى أنه إذا اشترط أحد الزوجين أن يكون الآخر سالما من عيب معين أو عيوب معينة ، من العيوب التى جرت العادة أن يكون الإنسان سالما منها ، ولم يتحقق ما اشترطه . فإن له الحق حينئذ فى طلب التفريق بينهما ، لعدم تحقق الشرط الذى اشترطه .

هذان أمران لم نجد فيما اطلعنا عليه من المصادر العلمية خلافا بين العلماء فيهما ، أو بعبارة أخرى نستعيرها من بعض علمائنا رضى الله عنهم، لا نعلم خلافا فيهما ، ولكن المصادر تبين أن العلماء اختلفوا فيما إذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبا لم يكن عالما به . ولم يشترط سلامته منه ولكن العادة جرت على السلامة منه ، هل له الحق فى طلب التفريق بهذا العيب مطلقا ، أو له الحق فى التفريق فى حال دون حال ، أو له الحق فى طلب التفريق فى بعض العيوب دون البعض الآخر ، أو لا يثبت له حق فى طلب التفريق مطلقا .(١)

---

(١) الشرح الكبير لأحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه حـ ٢ ص ٢٧٧ وما بعدها ، والشرح الصغير لأحمد الدردير حـ٢ص ٢٧٠ وفتح القدير للكمال ابن الهمام حـ٣ ص ٢٦٦ ومغنى المحتاج حـ٣ص ٢٠٣ والمغنى لابن قدامة حـ٧ص ٦٠٧ ومنهاج الطالب فى المقارنه بين المذاهب لأستاذنا الدكتور عبد السميع أحمد إمام ص ١٨٣ .

وإليك آراء العلماء فى هذه المسألة ، وسنبين ما استدل به كل رأى ، ومناقشات الأدلة ، ثم نوضح فى النهاية مايغلب على ظننا أنه الأقوى دليلا

آراء العلماء

اختلف العلماء فى ثبوت حق التفريق لكل من الزوجين إذا وجد بالآخر عيبا من العيوب التى تمنع الاستمتاع على أربعة آراء .

الرأى الأول : يثبت حق التفريق لكل من الزوجين بعيوب خاصة

يرى جمهور العلماء أنه يثبت حق التفريق لكل واحد من الزوجين إذا وجد بالآخر عيبا قديما . أى سابقا على عقد الزواج ، لم يطلع عليه ، ولم يرض به ،

وهذا الرأى هو مايراه كما قلنا ـ جمهور العلماء ، من الصحابة ومن بعدهم ومنهم المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية إحدى فرق الشيعة والإمامية إحدى فرقهم أيضا ، والأباضية إحدى فرق الخوارج [1]

ومع أن هؤلاء الذين ذكرناهم يتفقون على أن حق التفريق يثبت لكل واحد من الزوجين إذا وجد بالآخر عيبا قديما ، أى سابقا على عقد الزواج

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى حـ ٦ صـ ١٥٧ ، والشرح الكبير لأحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه حـ ٢ صـ ٢٧٧ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم حـ ٢ صـ ١٢٣ والمغنى لموفق الدين عبد الله بن احمد بن محمود بن قدامة حـ ٧ صـ ٥٧٩ ، والبحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى حـ ٣ صـ ٦٠ والمختصر النافع فى فقه الإمامية لجعفر بن الحسن الحلى صـ ١٨٦ ، ومن لا يحضره الفقيه لأبى جعفر محمد بن أبى الحسن صـ ٤٢٢ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد ابن يوسف أطفيش حـ ٦ صـ ٣٨٦

لم يطلع عليه ولم يرض به ، فإنهم مختلفون فى تفاصيل ذلك وتعيين العيوب التى يثبت بها هذا الحق ،وسنبين هذه العيوب بالتفصيل عند كل من ذكرناهم فى الفصل الثانى الذى عقدناه لبيان العيوب وما يتصل بها من قضايا .

الرأى الثانى : الزوج ليس له حق رد زوجته بأى عيب فيها والزوجة لها حق رد زوجها بعيوب خاصة . هذا الرأى هو ما يراه الحنفية ، وإن كانوا قد اختلفوا فى تعيين العيوب التى يثبت بها حق رد المرأة لزوجها إذا وجدت أحدها فيه ،فبعد أن اتفقوا على أن حق الرد يثبت للمرأة إذا وجدت زوجها عنينا، أو مجبوبا أو خصيا، اختلفوا فى الجنون والجذام،والبرص إذا وجدت المرأة أحدها فى الرجل ،والعنين عندهم هو من لا يقدر على جماع النساء ، أو يقدر على جماع المرأة الثيب ولا يقدر على جماع البكر ، أو يقدر على جماع غير زوجته ولا يقدر على جماع زوجته مع وجود الآلة لمانع منه كأن يكون كبير السن ،أو مسحورا أو ضعيفا فى أصل خلقته أو غير ذلك ، سواء أكانت الآلة تنتشر أو لا ، والمجبوب هو الذى قطع ذكره ،والخصى -بفتح الخاء- هو من نزعت خصيتاه وبقى ذكره ،وبين الحنفية أن الخصى له حكم العنين بشرط أن يكون ذكره لا ينتشر ،وأما إذا كان ذكره ينتشر فلا يثبت التخيير للزوجة فى مفارقتها لزوجها .

فإذا كان الزوج خصيا أجله القاضى سنة كما يؤجل العنين ، فإما أن يطأ زوجته فى السنة ، أو يفرق القاضى بينهما بعد انقضاء السنة بعد أن تطلب الزوجة من القاضى أن يفرق بينهما .

وإنما يؤجل عند الحنفية الخصى كما يؤجل العنين،لأن الوطء أيضاً مرجو من الخصى كما هو مرجو من العنين ، لأن آلة الخصى لا زالت موجودة ويمكنه أن يجامع بها غير أنه لا يحبل المرأة ،

وأما إذا كان الزوج مجبوبا فإن القاضي يفرق بينهما في الحال إن طلبت المرأة ذلك، لأنه لافائدة في تأجيل المجبوب، لأن التأجيل في العنين والخصي إنما هو لتوقع حصول الوطء من أي منهما ، ونظرا إلى أن المجبوب قد فقد آلته فلا توقع لحصول الوطء منه (١) .

وقد اختلف الحنفية — كما قلنا — في الجنون ، والجذام ، والبرص ، إذا وجد أحدها في الزوج ، فيرى محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة أنه يثبت للزوجة الخيار في مفارقتها لزوجها إذا وجدت به جنونا ، أجذاما ، أو برصا (٢) .

والجنون هو زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء ، والجذام هو علة يحمر منها العضو ، ثم يسود ، ثم يتقطع ، أي ينشقق مع الاتصال بالبدن ، ثم يتناثر ، أي يتساقط مع الانفصال عن البدن ، ويمكن أن يحدث ذلك في كل عضو من أعضاء الإنسان لكن حدوثه في الوجه أغلب والبرص بياض في الجلد يذهب دم الجلد وماتحته من اللحم .

ويرى أبو حنيفة ، وأبو يوسف أنه ليس لها الخيار في المفارقة إذا وجدت بزوجها جنونا ، أو جذاما ، أو برصا .

وما عداما ذكرنا من العيوب لايثبت بها الخيار لأي من الزوجين عند الحنفية .

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٣ ص ٢٦٥ ، والاختيار لتعليل المختار ج٣ ص ١٦٠ .

(٢) فتح القدير ج٣ ص٢٦٧ ، ٢٦٨ والمختار من كتاب اللباب في شرح الكتاب لعبد الغني الغنيمي ص ٤٨١ ، ٤٨٢ .

شروط التفريق عند الحنفية

يتضح من كتابات الحنفية أنه لابد من توفر عدة شروط حتى يفرق القاضي بين الزوجين ، وهي :

أولا : أن يؤجل قاضي البلدة العنين والخصي ، سنة لاختبارهما ، ولاعبرة بتأجيل غير قاضي البلدة ، وذلك لأن التأجيل مقدمة لأمر لايكون إلا عند القاضي وهو الفرقة بين الزوجين ، فكذلك مقدمته .

وعلى هذا لا يعتبر تأجيل المرأة لزوجها العنين أو الخصي ، ولا تأجيل غير قاضي البلدة كائنا من كان .

ثانيا : أن تطلب المرأة من القاضي أن يفرق بينهما بعد ثبوت العجز عن الوطء ، فإذا كان العجز بسبب قطع ذكر الزوج - وهو حينئذ يسمى مجبوبا فإن القاضي يفرق بينهما في الحال ، وأما إذا كان العجز بسبب العنة أو الخصاء فإن القاضي يفرق بينهما بعد انتهاء السنة ، وإنما اشترطوا في التفريق أن يكون بعد طلب المرأة ، لأن ذلك حقها .

والطلب الذي يفرق القاضي بناء عليه هو طلب المرأة الثاني في حالة العنة أو الخصاء ، فطلب المرة الأول هو للتأجيل سنة لاختباره ، وطلب المرأة الثاني هو للتفريق ، فلا بد من أن تطلب المرأة من القاضي أن يفرق بينهما إذا أبى الزوج أن يطلقها .

ومثل طلبها طلب وكيلها إذا كانت غائبة على خلاف بين علماء الحنفية فيه .

وإذا كانت المرأة مجنونة فرق القاضي بناء على طلب وليها ولا يؤخر التفريق حتى يزول جنونها ، لأنه ليس له غاية معروفة .

وإذا لم يكن للمجنونة ولي ينصب القاضي لها خصما ينوب عنها ، ويكون تفريق القاضي بطلب هذا الذي نصبه القاضي خصما عنها .

وإذا كان لابد من طلب المرأة أو وليها من القاضى أن يفرق بينهما فعلى هذا ليس للقاضى أن يفرق بينهما بمجرد علمه بعيب الزوج ، أو بثبوت ذلك عنده بشهادة شاهدين .

هذا والحنفية جميعاً متفقون على أن للمرأة إذا كانت حرة — أى غير جارية — أن تطلب من القاضى أن يفرق بينها وبين زوجها إذا وجدت فيه أحد العيوب التى بيناها ، ولكنهم مختلفون فى المرأة إذا كانت جارية ، هل لها الحق فى أن تطلب هى أيضاً كالحرة ؟ فأبو يوسف يرى أن الجارية أيضاً لها الحق فى طلب التفريق ، ويرى أبو حنيفة أن الجارية لاحق لها فى طلب التفريق ، وإنما الذى يطلب التفريق من القاضى هو سيد الجارية ، وأما محمد بن الحسن فقد قيل إنه يرى ما يراه أبو يوسف .

وهذا الخلاف بين الحنفية متفرع عن مسألة الإذن فى العزل عن الجارية أى إذا أراد زوج الجارية أن يعزل عنها ، أى يقذف منيه خارج الفرج عند الجماع ، فهذا مكروه عند الحنفية من غير إذن ، لكن من الذى يملك الإذن ؟ هل الجارية هى التى تأذن لزوجها أم السيد هو الذى يأذن ؟

أما أبو حنيفة فيرى أن الإذن يملكه السيد ، وأما أبو يوسف ومحمد فيريان أن الإذن تملكه الجارية كما تملكه الحرة (١) .

ثالثاً : أن لا تكون المرأة معيبة بعيب يمنع الوطء ، فإن كانت رتقاء ، أو قرناء (٢) ، فلا حق لها فى التفريق بينهما ، وذلك لأن المانع من الوطء متحقق من جهة الزوجة ، والزوج حينئذ ليس ظالما لها بمنعها حقها .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٣ ص ١٥٥٣ .

(٢) الرتق هو أن يكون فرج المرأة مسدودا يمنع من دخول الذكر ، والقرن لحم ينبت فى مدخل الذكر من فرج المرأة كالغدة وقد يكون عظما .

رابعاً : أن يكون الزوج بالغا، وعلى هذا فلو وجدت الروجة البالغة زوجها الصغير عنينا ، فإنه يجب عليها الانتظار حتى يبلغ الزوج ، وذلك لأن للصبا أثراً في عدم الشهوة ، فإذا طالبت المرأة بتأجيله سنة فلا يؤجل بل يجب الانتظار حتى . بلوغ الزوج ، فإذا بلغ يؤجل سنة ، وهذا الحكم مستند إلى عدة أمور :

الأمر الأول : أنه إذا كان لايجامع لصغره فإن التأجيل لايفيد

الأمر الثانى أن حكم التأجيل - بعد أن يثبت أنه لم يصل إليها فى المدة- هو أنه يثبت خيار الفرقة ، والحنفية يرون أن الفرقة الحاصلة بسبب وجود العنة هى طلاق وليست فسخا للزواج ، والصبى لا يملك الطلاق .

الأمر الثالث: أن الصبى يوجد له زمان يحصل منه الوطء فى هذا الزمان ظاهرا وبحسب الغالب ، وهذا الزمان هو مابعد البلوغ ، فلايؤجله القاضى للحال .

خامسا : أن لاتكون المرأة عالمة بحاله قبل عقد الزواج ، أو راضية به بعد العقد فإن علمت قبل عقد الزواج أنه عنين ومع ذلك تزوجته ، أوعلمت بعد عقد الزواج ولكنها قالت رضيت بالمقام معه لم يكن لها حق التفريق وذلك لأنها إذا كانت عالمة بالعيب عند التزويج فقد رضيت بالعيب، كالمشترى إذا كان عالما بالعيب فى المبيع عند حصول عقد البيع والرضا بالعيب يمنع الرد ، كما فى البيع وغيره .

وأما لو وجدته عنيناً أو مجبوبا ولم ترفع الأمر إلى القاضى ، ولم تقل رضيت به ومكثت على ذلك زمانا فإن حقها فى التفريق لا يبطل حتى لوضاجعته تلك الأيام .

سادسا : أن تكون الزوجة بالغة ، فإذا كانت زوجة العنين أو المجبوب

صغيرة لايفرق بينهما ، بل لابد من الانتظار حتى تبلغ الزوجة ، لأنه يحتمل أن ترضى بزوجها مع عيبه إذا بلغت .

سابعا : أن لا يحصل من الزوج جماع لزوجته أصلا فى هذا الزواج ، فإن وطئها الزوج مرة واحدة ، ثم مرض بالعنة . أو قطع ذكره ، فلا يحق لها طلب التفريق .

ولا يشترط فى الجماع أن ينزل المنى من الزوج ، فلو كان الزوج يجامع ولا ينزل منه المنى لجفافه لم يكن للزوجة حق فى طلب الفرقة .

وعدم ثبوت الخيار للزوجة إذا ثبت أن الزوج وصل إليها فى هذا الزواج ولو مرة واحدة ، إنما هو لأن الزوجة وصل إليها حقها بالوطء مرة واحدة ، فالمرأة لها الحق فى الوطء مرة واحدة ، والخيار الذى يثبت لها فى الفرقة هو لتفويت حقها المستحق . ولم يوجد هذا التفويت .

ثامنا : بعد تأجيل القاضى للعنين سنة ، وبعد مضى هذه السنة ، وعدم وصول الزوج إلى زوجته ، واختيارها التفريق ، اشترط أبو حنيفة رضى الله عنه أن يصدر حكم من القاضى بالتفريق حتى تبين الزوجة من زوجها[1] كأن يقول القاضى فرقت بينكما فلا تقع الفرقة بنفس اختيار الزوجة وهذا هو المشهور من مذهبه .

وأما أبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة فيريان أن الزوجة تبين بمجرد اختيارها لنفسها ولا حاجة لتفريق القاضى .

---

(١) تبين الزوجة بالطلاق أى تطلق طلقة بائنة لا يحق للزوج أن يراجعها فى عدتها كما هو حق الرجل فى مراجعة الزوجة إذا كان الطلاق رجعيا مادامت فى العدة ، فإذا أراد الزوج فى الطلاق البائن ـ مثل الطلاق بالعيوب ـ أن ترجع زوجته إلى عصمته فلا بد من عقد جديد ، وأما فى الطلاق الرجعى فلا يشترط عقد جديد .

ويعتمد رأى أبى حنيفة على أن عقد لازم ، ومالك الزوج فيه ملك معصوم ، فلا يزول إلا بإزالته دفعاً للضرر عنه ، لكن لما كان من الواجب على الزوج أن يمسك زوجته فى عصمته بالمعروف ، أو يسرحها بالإحسان ، كما أمر القرآن الكريم ، وقد عجز الزوج عن الإمساك بالمعروف لأنه عنين . والعنة تتنافى مع الإمساك بالمعروف لأن الإمساك بالمعروف لا يكون بغير وطء ، لأنه هو المقصود بالزواج ، ولا يمكن للقاضى أن ينوب عن الزوج فى الإمساك بالمعروف فوجب على الزوج أن يسرحها بالإحسان فإذا امتنع الزوج عن التسريح بالإحسان ناب القاضى عنه فى هذا ، وذلك لأن القاضى منصوب لكى يدفع الظلم عن الناس ، فلا تبين الزوجة من زوجها إلا بتفريق القاضى .

وأما رأى أبى يوسف ومحمد فيعتمد على أن الشرع خير الزوجة عند تمام السنة المضروبة للزوج العنين رفعاً للضرر عنها ، فلا يحتاج إلى تفريق القاضى (١) ، وذلك مثل خيار العتق (٢) .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٣ ص١٥٣١ ومابعدها ، فتح القدير جـ٢ ص٢٦٤ ، والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود جـ٣ ص١٥٩ ، ١٦٠ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٢ ص٦٠٨ - ٦١١ .

(٢) إذا كانت الزوجة جارية فأعتقها سيدها ، فإما أن يكون زوجها عبداً أو حراً ، فإن كان زوجها عبداً فقد اتفق العلماء على أن للجارية بعد أن صارت حرة الخيار فى فسخ الزواج ، فإما أن تختار الفسخ أو ترضى بالمقام مع زوجها العبد ، فإن اختارت الفسخ فلها فراقه ، وإن رضيت بالمقام معه لم يكن لها بعد ذلك حق مفارقته ، لأنها قد أسقطت حقها .

وقد استدل العلماء على أن للجارية بعد أن صارت حرة الخيار فى فسخ عقد الزواج من زوجها العبد ، بدليلين .

الدليل الأول : خبر بريرة . قالت عائشة رضى الله عنها : كانت =

هذا، وإذا كان الزوج لا يملك حق رد زوجته إذا كانت رتقاء فهل له الحق -عند الحنفية- في إجبارها على إجراء عملية جراحية لإزالة ما بها من الرتق؟ صرح الحصكفي في الدر المختار بأن الظاهر أنه يحق للزوج أن يجبر زوجته الرتقاء على إجراء عمليه جراحية لإزالة ما بها من عيب الرتق، وعلل لهذا الرأي بأن يجب على المرأة أن تسلم نفسها لزوجها بمقتضى عقد الزواج لكي يستمتع بها، وهذا التسليم الواجب على المرأة لا يمكن بدون إزالة هذا العيب المانع من الاستمتاع.

وقد بين ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار أن هذا التعليل الذي ذكره الحصكفي يرد عليه أنه لا يلزم من كون التسليم واجبا أن ترتكب هذه المشقة لإيجاده، وذلك لأننا نجد الواجبات التي أوجبها الشارع تسقط إذا كانت المشقة ستترتب على القيام بها، . فالقيام في الصلاة مثلا ركن من أركانها لا تصح الصلاة بدونه من القادر عليه، ولكن إذا ترتب على القيام مشقة فإن الشارع لا يطالب المصلي بالقيام في صلاته، فيجيز له أن يصلي قاعدا، وصوم رمضان هو أحد أركان الإسلام ولكن إذا خافت المرضع على نفسها أو على ولدها إذا صامت فإن الصوم يسقط عنها فلا تطالب به، والأمثلة من هذا كثيرة في الأحكام الشرعية.

= بريرة، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها، فاختارت نفسها، قال عروة: ولو كان حرا ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه مالك، وأبو داود، والنسائي.

الدليل الثاني: أن الجارية إذا صارت حرة تتضرر بكونها حرة تزوج عبدا، فيكون لها الخيار في فسخ الزواج، كما لو تزوج رجل امرأة حرة على أنه حر، ثم تبين أنه عبد. =

ولكن ابن عابدين بعد أن بين هذا بعبارته بين أنه يمكن أن يقال إنه يوجد فرق بين التسليم الواجب على المرأة والواجبات الأخرى التى ذكرت أمثلة لها ، هذا الفرق هو أن تسليم المرأة لنفسها أحد الواجبات

= وأما إذا أعتقها سيدها وكان زوجها حرا فقدا اختلف العلماء فى هذا، فيرى البعض أنه لا يثبت لها الخيار فى الفرقة ، ويرى البعض الآخر أنه يثبت لها الخيار ، وممن يرى الرأى الأول عبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والحسن البصرى،وعطاء ، وسليمان بن يسار ، وأبو قلابة ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ابن راهويه ، والليث بن سعد ، وأحمد بن حنبل .

وممن يرى الرأى الثانى طاوس ، وابن سيرين ، ومجاهد ، والنخعى ، وحماد بن أبى سليمان ، والثورى ، وأبو حنيفة

وسبب الاختلاف بين العلماء فى هذه المسألة يرجع إلى أمرين :

الأمر الأول : تعارض النقل فى حديث بريرة هل كان زوجها عبدا أم حرا ، فروى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود ، وروى عن عائشة أن زوج بريرة كان حرا ، وكلا النقلين ثابت عند علماء الحديث.

الأمر الثانى : الاختلاف فى العلة التى أوجبت الخيار للجارية بعد أن صارت حرة ، هل هى جبر سيدها لها فى زواجها مطلقا سواء أكان زوجها من حر أو من عبد ، أو العلة هى جبر سيدها لها على أن تتزوج من عبد ، فالقائلون بأن العلة هى جبر السيد للجارية على الزواج مطلقا قالوا لها الحق إذا صارت حرة فى الخيار سواء أكان زوجها حرا أم عبداً ، والقائلون بأن العلة هى جبر السيد للجارية على الزواج من عبد قالوا لها الحق فى الخيار إذا صارت حرة إذا كان زوجها عبدا .

المغنى حـ ٧ ص ٥٩١ وبداية المجتهد لابن رشد حـ ٢ ص ٥٨ .

التى لها من يطالب بها من الناس ، بخلاف الواجبات الأخرى فليس لها مطالب من الناس(١) .

وبهذا ننتهى من الكلام عن الرأى الثانى من آراء العلماء فى التفريق بين الزوجين بالعيوب التى تمنع الاستمتاع .

ولننتقل بعد ذلك إلى الكلام عن الرأى الثالث فى هذه المسألة .

الرأى الثالث : لا حق لأى واحد من الزوجين فى فسخ الزواج بأى عيب فى الآخر ،

يرى داود بن على الظاهرى وابن حزم وأتباعهما أنه ليس لأى واحد من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج لوجود أى عيب فى الطرف الآخر ، وكذلك يرى الشوكانى هذا الرأى(٢) .

الرأى الرابع : الرد يثبت للزوج بكل عيب فى المرأة ترد به الجارية فى البيع ويثبت للزوجة بكل عيب منفر فى الزوج .

يرى ابن القيم أنه من حق الزوج أن يرد زوجته اذا وجد بها أى عيب من العيوب التى تثبت حق الرد لمشترى الجارية(٣) .

---

(١) الدر المختار للحصكفى شرح تنوير الأبصار للغزى مطبوع مع حاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٦١٣ ، ٦١٤ .

(٢) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٠٩ ، ونيل الأوطار للشوكانى حـ ٦ ص ١٥٧ ، وفتح القدير للكمال ابن الهمام حـ ٣ ص ٢٦٧ .

(٣) العيوب التى يجوز رد الجارية بها كثيرة ، لأن عيوب الرقيق لا تكاد تنحصر ، من هذه العيوب البول فى الفراش بعد بلوغ سبع سنين ، وبخر الفم أى رائحة الفم الكريهة ، والصنان المستحكم ، وأما الصنان الذى يكون لأمر عارض كالحادث من العرق ، أو الحادث من الحركة الكثيرة ، وما شابه هذا فلا يعد عيبا ، والرتق وهو انسداد الفرج باللحم ، والقرن وهو انسداد والفرج بالعظم ، والاستحاضة وهى نزول الدم فى غير أيام =

ويثبت للزوجة الحق فى أن ترد زوجها إذا وجدت فيه أحد العيوب المنفرة التى تخل بالمقصور من الزواج من الرحمة والمحبة ، بحيث تتضرر من معاشرته ويرى ابن القيم أن الاقتصار على عيبين، أو ستة ، أو سبعة : أو ثمانية دون ماهو أولى منها ، أومساولها لاوجه له .

فالعمى ، والخرس ، والطرش ، وكونها مقطوعة اليدين ، أو الرجلين ، أو إحداهما ، أو كون الرجل قد وجدت المرأة به أحد هذه العيوب من أعظم المنفرات ، وكون هذا العيب وما أشبهه موجودا فى أحد الزوجين، وسكت عنه فلم يخبر به الآخر يعد من أقبح ألوان التدليس ، والغش ، وهو مناف للدين(١) .

أسباب الخلاف بين العلماء

الأسباب التى أدت إلى اختلاف العلماء فى هذه المسألة ترجع إلى ثلاثة أسباب :

السبب الأول : مذهب الصحابى(٢) هل يعد دليلا من الأدلة التى تستند إليها الأحكام فى الشريعة الإسلامية أم لا .

= العادة الشهرية ، واصطكاك الكعبين ، وسواد الأسنان ، وكون أحد ثدييها أكبر من الآخر ، ووجود شامات كثيرة فيها ، والصمم ، والقرع وفقدان حاسة الذوق إلى غير ذلك من العيوب التى بينها الفقهاء . مغنى المحتاج إلى معانى ألفاظ المنهاج حـ ٢ ص ٥١ ، ص ٥٠١ .

(١) زاد المعاد لمحمد بن قيم الجوزية جـ ٤ ص ٣٠

(٢) اختلف العلماء فى تعريف الصحابى ، فجمهور علماء أصول الفقه ، أى الغالبية العظمى منهم يرون أن الصحابى هو من لقى النبى صلى الله عليه وسلم وآمن به ، ولازمه زمنا طويلا ، حتى صار يطلق عليه اسم الصاحب فى العرف ، وذلك مثل الخلفاء الراشدين الأربعة أبى بكر وعمر وعثمان وعلى ، ومثل زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم : ومثل زيد بن ثابت ، ومعاذ ابن جبل ، وعبد الله ابن عمر ، وعبد الله ابن عباس ، وعمرو بن العاص ، وغير هؤلاء . =

فمن المعروف أنه كان من بين صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم جماعة اشتهروا بالعلم والفقه ، وطول الملازمة للرسول صلى الله عليه وسلم ، وفهموا القرآن وأحكامه ، وهؤلاء الصحابة بعد أن توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم قاموا بإفتاء الناس فى كثير من الوقائع والقضايا ، وأخذت هذه الفتاوى العناية العظيمة من الجيل الذى جاء بعد جيل الصحابة وهم جيل التابعين ، وكذلك الجيل الذى جاء بعد جيل التابعين وهم جيل أتباع التابعين ، فقام الرواة من التابعين وأتباع التابعين برواية فتاوى الصحابة وتدوينها ، حتى إن بعض هؤلاء الرواة كانوا يدونون هذه الفتاوى مع سنن الرسول صلى الله عليه وسلم .

فهل هذه الفتاوى التى نقلها التابعون وأتباع التابعين عن الصحابة تعد أحد مصادر التشريع الإسلامى ، بحيث إن المجتهد الذى يريد أن يتعرف على حكم فى إحدى المسائل يجب عليه أن يرجع إلى هذه الفتاوى قبل أن يبحث عن حكم هذه المسألة بواسطة القياس ، وبعد أن يبحث عن الحكم فى القرآن والسنة ، وهل أجمع عليه العلماء أم لا ، أم أن فتاوى الصحابة ، لا تعدو أن تكون آراء فردية اجتهادية ، لا تعد أحد مصادر التشريع ؟

= وأما الصحابى عند علماء الحديث ويوافقهم أيضا بعض علماء أصول الفقه ، فهو من لقى النبى صلى الله عليه وسلم مؤمنا به ، ومات على الإسلام . سواء أطالت صحبته للرسول أم لم تطل ، فمجرد اللقاء للرسول صلى الله عليه وسلم مصحوبا بالإيمان ، والثبات عليه حتى الموت هو الشرط فى تحقق الصحبة ، ولا يشترط أن يلازم الشخص رسول الله صلى الله عليه وسلم زمنا طويلا ، كما اشترط ذلك جمهور علماء أصول الفقه . . انظر أصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ص ١٩٣ ، وأصول الفقه للأستاذ محمد زكريا البرديسى ص ٣٤٣ .

وقد اتفق العلماء فى هذه المسألة على ثلاثة أمور :

الأمر الأول : أن مذهب الصحابى يعد دليلا يجب العمل به إذا كان فى أمر من الأمور التى لا تصلح للإفتاء فيها بالرأى، والاجتهاد، لأن الظاهر حينئذ أن يكون مذهب الصحابى جاء نتيجة سماع من الرسول صلى الله عليه وسلم، فيكون من قبيل السنة ، والسنة من أقوى الأدلة الشرعية باتفاق المسلمين ، وذلك مثل ما روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها أنها قالت : لا يمكث الحمل فى بطن أمه أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل . فهذا وأمثاله مما لا يقال فيه بمجرد الرأى والاجتهاد ، فإذا صح نقله كان مصدره السماع من الرسول صلى الله عليه وسلم ، فيعد من السنة ، وإن كان فى ظاهر الأمر قولا لصحابى .

الأمر الثانى : من الأمور التى اتفق عليها العلماء أن مذهب الصحابى لا يكون حجة على غيره من الصحابة المجتهدين ، لأنه ثبت أن الصحابة اختلفوا فى مسائل كثيرة ، ولو كان مذهب واحد منهم ملزما لغيره لما وجد هذا الاختلاف .

الأمر الثالث : من الأمور التى اتفق عليها العلماء أن قول الصحابى الذى لم يعرف له مخالف من الصحابة يعد دليلا شرعياً . وذلك لأن الصحابة إذا اتفقوا على حكم فى مسألة من المسائل فإن هذا يعد دليلا على أنهم يستندون فى هذه المسألة إلى دليل قاطع ، وخاصة إذا لاحظنا أنهم قد خالطوا رسول الله صلى الله عليه وسلم، وشاهدوا أحواله، وسمعوا منه أقواله ، وتوفرت فيهم صفة العلم بأسرار التشريع . فإذا اتفقوا على حكم من الأحكام فى مسألة من المسائل مع كونهم قد اختلفوا فى كثير غيرها كان هذا دليلا على أنهم يستندون فى هذه المسألة على دليل قاطع ، وهذا كما اتفقوا على أن الجدات يرثن السدس ، فحكمهم بهذا ، واتفاقهم عليه أمر يجب اتباعه .

هذه هى الأمور التى اتفق عليها العلماء ، ثم اختلفوا فى مذهب الصحابى

الصادر عن رأى واجتهاد ولم يتفق عليه الصحابة ، هل يكون ملزما للمجتهدين الذين جاءوا بعد عصر الصحابة من التابعين وغيرهم ، أم لا يكون ملزما فيجوز مخالفته .

فبعض العلماء يرى أن مذهب الصحابى ليس حجة ، وهو ما يراه الشافعى فى مذهبه الجديد الذى انتشر بمصر ، وهو ما اختاره أيضا جمع من متأخرى علماء المالكية ، والحنفية ، والشافعية ، وأكثر علماء الكلام .

وهم يستندون فى هذا الرأى إلى أن الصحابى مجتهد كغيره من سائر المجتهدين ، وهو معرض للخطأ والصواب ، وإذا كان الأمر كذلك ، فإن مذهبه لا يكون حجة ومصدرا تشريعيا لغيره من المجتهدين .

وبعض العلماء يرى أن مذهب الصحابى حجة ، أى مصدر من مصادر الأحكام يجب العمل به إذا لم يوجد فى المسألة نص من الكتاب الكريم ، أو من السنة ، أو إجماع ، وهذا ما يراه أئمة الحنفية ، والإمام الشافعى فى مذهبه القديم ببغداد . ويراه الإمام مالك ، والإمام أحمد بن حنبل فى إحدى روايتين عنهما .

وقد استند هذا الرأى إلى أن الصحابى ـ وإن كان يجوز عليه الخطأ كغيره من سائر المجتهدين — إلا أنه نظرا إلى صحبته للرسول صلى الله عليه وسلم ، وكمال علمه باللغة العربية وأسرارها . وعلمه بأسباب النزول للآيات القرآنية ، وأسباب ورود الأحاديث النبوية ، ومشاهدته لأفعال الرسول صلى الله عليه وسلم وسماعه كلامه ، والعلم بمقاصده ، بالنظر إلى هذه الأمور يكون قوله راجحا بالنسبة لغيره من المجتهدين ، فيكون ملزما لهم .

والراجح فى هذا الخلاف أن مذهب الصحابى ليس دليلا شرعيا ،

ملزما لغيره من المجتهدين ، لأن الحكم بأن أمرا من الأمور يعد دليلا شرعيا لا يثبت إلا إذا قام دليل قوى من الشرع يثبت هذا الحكم ، ولم يقم هذا الدليل .

وأيضا فإننا وجدنا بعض التابعين يخالف فى بعض المسائل ما يذهب إليه بعض الصحابة ، مع علم الصحابى بذلك ، وعدم إنكاره على التابعى فى هذه المخالفة(١) .

فالعلماء إذن — كما وضحنا — مختلفون فى مذهب الصحابى هل يعد دليلا شرعيا أم لا .

وقد ترتب على هذا أنهم اختلفوا فى مسألة التفريق بين الزوجين بالعيوب ، وذلك لأن من الأدلة التى اعتمد عليها القائلون بالتفريق بين الزوجين بالعيوب أقوالا لبعض الصحابة ، كعمر بن الخطاب رضى الله عنه .

فإنه روى عنه أنه قال : أيما امرأة غر بها رجل ، بها جنون ، أو جذام ، أو برص ، فلها المهر بما أصاب منها ، وصداق الرجل على من غره .

وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال : أيما امرأة نكحت وبها برص ، أو جنون ، أو جذام ، أو قرن ، فزوجها بالخيار ما لم يمسها ، إن شاء أمسك . وإن شاء طلق ، وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها .

---

(١) أصول الفقه الإسلامى لزكى الدين شعبان ص ١٩٣ — ١٩٦ وأصول الفقه لمحمد زكريا البرديسى ص ٣٤٣ ، وما بعدها ، وعلم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٤ وما بعدها .

وروى عن عبد الله بن عباس قوله : أربع لايجزن فى بيع ولا نكاح : المجنونة ، والمجذومة ، والبرصاء ، والعفلاء .

فالذين يقولون بأن قول الصحابى حجة أخذوا بما ورد عن عمر وغيره ، والذين لا يقولون بحجية قول الصحابى ردوا ما نقل عن عمر وغيره ، واعتمدوا على أدلة أخرى .

هذا هو أحد الأسباب التى أدت إلى وجود الخلاف فى مسألة التفريق بين الزوجين بالعيوب التى يجدها أحد الزوجين فى الآخر .

السبب الثانى : وأما السبب الثانى من الأسباب التى أدت إلى وجود الخلاف بين العلماء فى التفريق بين الزوجين بالعيوب ، فهو خلاف العلماء فى عقد الزواج ، هل يصح أن يقاس على عقد البيع أم لا ؟ ، فبعض العلماء يرى أن الزواج شبيه بالبيع ، وكما يثبت الخيار للمتعاقدين فى البيع بالعيب فى السلعة أو الثمن ، فإن الزواج لكونه شبيها بالبيع يثبت فيه الخيار أيضا بالعيوب التى يجدها أحد الزوجين فى الآخر .

وبعض العلماء يرى أن عقد الزواج ليس شبيها بعقد البيع ، لاتفاق لاتفاق المسلمين على أن حق التفريق لا يثبت لكل من الزوجين بكل عيب ، مع أن الخيار يثبت للمتعاقدين بكل عيب[1] .

السبب الثالث : وأما السبب الثالث من الأسباب التى أدت إلى وجود الخلاف بين العلماء فى التفريق بين الزوجين بالعيوب ، فهو خلافهم فى أنه هل للزوج الحق فى الفرقة بغير الطلاق بجانب كونه يملك الفرقة بالطلاق، أوليس له الحق فى الفرقة بغير الطلاق مادام يملك الفرقة بالطلاق[2]؟.

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ٥٤ .

(٢) منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب لأستاذنا الدكتور عبد السميع إمام ص ١٨٤ .

هذه هى الأسباب التى أدت إلى وجود الخلاف بين العلماء فى التفريق بين الزوجين بالعيوب التى يجدها أحد الزوجين فى الآخر ، ولننتقل الآن إلى بيان الأدلة التى اعتمدت عليها آراء العلماء .

أدلة الرأى الأول

استدل للرأى الأول ، الذى يثبت حق التفريق لكل من الزوجين بعيوب خاصة يجدها فى الزوج الآخر ، بالأدلة الآتية :

الدليل الأول

ماروواه أحمد بن حنبل رضى الله عنه عن جميل بن زيد ، قال : حدثنى شيخ من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة ، يقال له كعب بن زيد ، أو زيد ابن كعب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بنى غفار . فلما دخل عليها ، فوضع ثوبه ، وقعد على الفراش ، أبصر بكشحها[١] بياضا ، فانحاز عن الفراش ، ثم قال: خذى عليك ثيابك، ولم يأخذ مما أتاها شيئا[٢] .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فارق من تزوجها بعد ما وجد بها مايشبه البرص ، فدل هذا على أن أى واحد من الزوجين يثبت له حق الفرقة إذا وجد بالآخر برصا[٣] . وإذا كان الحديث قد أثبت حق الفرقة للرجل إذا وجد بالمرأة برصا ، فيثبت له حق الفرقة أيضا قياسا على البرص بالجنون ، والجذام ، والرتق ، والقرن ، وكذلك قياسا على البرص يثبت حق الفرقة للمرأة إذا وجدت بالرجل جنونا ، أو جذاما ، أو جبا ،

---

(١) الكشح ـ بفتح الكاف وسكون الشين ـ م بين الخاصرة إلى الضلع الخلف ، والخصر من الإنسان وسطه ، وهو المستدق فوق الوركين ، والضلع بفتح اللام أو تسكينها ، والجمع ضلوع ، وهى عظام الجنبين . المصباح المنير ، مادة « كشح » و « خصر » و « ضلع » .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ١٥٦ .

(٣) منهاج الطالب ص ١٨٥

أو عنة(١) فضلا عن ثبوت حقها فى الفرقة بالبرص كما يثبت حقه بالبرص.

قالوا : وقد أثبتت هذه العيوب حق الفرقة قياسا على البرص ، لأن هذه العيوب فى معنى البرص ، فهى مثل البرص تمنع الاستمتاع(٢) .

وقد نوقش هذا الدليل بأن هذا الحديث رواه جميل بن زيد ، عن زيد ابن كعب ، وجميل بن زيد متروك الحديث ، وزيد بن كعب مجهول ، فإنه لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ، وأيضا هذا الحديث مرسل(٣)

---

(١) الجب قطع الذكر ، والعنة عدم القدرة على وطء المرأة مع وجود الذكر .

(٢) المهذب لأبى إسحاق الشيرازى حـ٢ ص٤٨.

(٣) المرسل حديث حذف من سنده الصحابى ، فمن المعروف أن الجيل الذى رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وآمن به ، ومات على الإيمان هو جيل الصحابة وقد روى الصحابة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقواله وأفعاله، وتقريراته ، وروى عن الصحابة الجيل الذى لم ير رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه رأى الصحابة وهو جيل التابعين . فمن الطبعى إذن أن يروى الصحابى عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم يروى التابعى عن الصحابى ، فإذا روى التابعى مباشرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم من غير ذكر للصحابى ، كان هذا الحديث حديثا مرسلا .

وقد اتفق العلماء على أن الحديث المرسل يصلح أن يكون دليلا إذا تقوى بأحد الأمور السبعة الآتية :

الأول : أن يجىء حديث مسند (أى حديث اتصل إسناده من راويه إلى منتهاه مرفوعا إلى النبى صلى الله عليه وسلم من وجه آخر صحيح أو حسن .

الثانى : أن يوجد مرسل آخر ، أرسله ، من روى عن غير شيوخ راوى المرسل الأول ، بحيث يغلب على الظن عدم اتحادهما .

الثالث : موافقته لقول بعض الصحابة . =

. . . .

= الرابع : موافقته لفتوى أهل العلم .

الخامس : موافقته للقياس .

السادس : موافقته لفعل الصحابة .

السابع : موافقته لعلم أهل العصر .

فإذا كان قد وجد مع الحديث المرسل أحد هذه الأمور السبعة ، فإن هذا يعد دليلا على صحة اتصال سنده .

وهنا يمكن أن يسأل سائل : إذا كان الحديث المرسل قد تقوى بالمسند ففى هذه الحالة يكون المسند هو الحجة وليس الحديث المرسل ، فلا حاجة إلى الحديث المرسل فى الاستدلال حينئذ .

والجواب عن هذا أنه فى هذه الحالة يكون معنا دليلان ، المسند ، والمرسل ، فالمسند يصلح للاحتجاج به وحده فهو دليل مستقل ، والحديث المرسل عندما تقوى بالحديث المسند صار دليلا آخر ، فتظهر الفائدة عند وجود خلاف بين العلماء فى إحدى المسائل ، فإذا كان لأحد الآراء فى مسألة خلافية دليلان ، أحدهما حديث مسند والثانى حديث مرسل تقوى بهذا الحديث المسند ، وكان للرأى الثانى المخالف للرأى الأول دليل واحد هو حديث واحد ، فإنه فى هذه الحالة يرجح الرأى الذى يستند إلى حديثين على الرأى المستند إلى حديث واحد .

وبعد أن اتفق العلماء على أنه إذا وجد أحد الأمور السبعة التى بيناها مع الحديث المرسل دل هذا على صحة اتصال سنده ، اختلفوا فى جواز الاحتجاج بالحديث المرسل إذا لم يوجد مايقويه بلفظه أو بمعناه على ثلاثة آراء :

الرأى الأول : هو مايراه الإمام الشافعى رضى الله عنه أنه يجوز الاحتجاج بالحديث المرسل إذا توفرت فى رواية التابعى ثلاثة شروط : =

. . . . ، . . . .

= الشرط الأول : أن يكون من كبار التابعين ، والمراد بكبار التابعين من يكون أكثر رواياته عن الصحابة ولو كان صغير السن كسعيد ابن المسيب ، وقيس بن أبي حازم .

والمراد بصغار التابعين من يكون أكثر رواياته عن غير الصحابة ، ولو كان كبير السن ، كأبي حاتم . ويحيي بن سعيد .

الشرط الثاني : أن يكون ممن يروى عن الثقات دائما ، بحيث إذا سمى من روى عنه لم يسم مجهولا ولا مرغوبا عن الرواية عنه .

الشرط الثالث : أن يكون ممن يوافق الحفاظ في أحاديثهم إذا شاركهم ، لا يخالفهم إلا بنقص لفظ من ألفاظهم ، لا يختل به المعنى .

فالحديث المرسل من غير توفر الشروط السابقة فيه ضعيف عند الشافعي رضي الله عنه ، فلا يحتج به ، واستثنى الشافعي مراسيل سعيد بن المسيب ، لأنه فتش عنها فوجد أن الصحابي الذي أسقطه سعيد بن المسيب قد رواها عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو في الغالب صهره أبو زوجته أبو هريرة رضي الله عنه .

الرأي الثاني : يجوز الاحتجاج بالحديث المرسل مطلقا ، سواء أكان التابعي الذي رواه من كبار التابعين أم من صغارهم ، وسواء أكان ممن يروى عن الثقات دائما ، أم كان يروى عنهم وعن غيرهم ، وسواء أكان يوافق الحفاظ في أحاديثهم إذا شاركهم ، أم كان يخالفهم .

وهذا الرأي ما يراه الإمامان مالك بن أنس ، وأحمد بن حنبل رضي الله عنهما كما هو مشهور عنهما ، ويراه الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه ، ويراه أتباع هؤلاء الأئمة الثلاثة من الفقهاء والأصوليين المحدثين .

واستدلوا على هذا الرأي بأن التابعي الذي أسقط الصحابي ، إما أن يكون عدلا أو غير عدل ، ومعنى العدالة ملكة في النفس تمنع الشخص =

. . . . . . ، . . . .

= من ارتكاب المعاصى الكبيرة كالزنا والسرقة وشرب الخمر ، وتمنعه من الإصرار على المعاصى الصغيرة ، ومما يخل بصفة المروءة .

فإن كان غير عدل فلا يجوز الاحتجاج بالحديث الذى رواه ، لعدم توفر شرط العدالة فيه ، لا لكون الحديث مرسلا ، وإن كان عدلا فليس من الجائز له أن يحذف الواسطة بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا وهو يعلم أن الذى حذفه تتحقق فيه صفة العدالة ، وإلا كان فعله هذا تلبيسا يقدح فى عدالته هو .

الرأى الثالث : عدم جواز الاحتجاج بالحديث المرسل مطلقا ، سواء أكان التابعى الذى رواه من كبار التابعين ، أم من صغارهم ، وسواء أكان ممن يروى عن الثقات دائما ، أم كان يروى عن الثقات وغيرهم ، وسواء أكان يوافق الحفاظ فى أحاديثهم إذا شاركهم ، أم كان يخالفهم .

وهذا الرأى ما يراه الجمهور من أهل الحديث .

ودليلهم على هذا أن الراوى الذى حذفه التابعى مجهول ، فكما يحتمل أن يكون هذا الراوى المحذوف صحابيا يحتمل أن يكون تابعيا ، وعلى احتمال أن يكون تابعيا يحتمل أن يكون ضعيفا لا يقبل حديثه ، لأن التابعين ليسوا مثل الصحابة كلهم ثقات ، بل فى التابعين الثقات وغير الثقات .

بل على تقدير أن الراوى الذى حذفه التابعى ثقة ، فإنه يحتمل أن يكون هذا التابعى المحذوف روى عن تابعى أيضا ويحتمل أن يكون ضعيفا ، وهكذا . انظر : الطراز الحديث فى فن مصطلح الحديث لمحمد أبى الفضل الجيزاوى ص ١٥ - ١٧ والنخبة النبهانية لمحمد بن خليفة النبهانى ص ٢٥ ، ٢٦ ، وشرح الورقات فى أصول الفقه لجلال الدين المحلى ، مطبوع بهامش حاشية الدمياطى على شرح الورقات ص ٩ ، والمنتقى فى تاريخ التشريع الإسلامى للدكتور محمد أنيس عبادة ص ١٤٣ ، وكتاب الشهاوى فى مصطلح الحديث للشيخ إبراهيم دسوقى الشهاوى ص ٣٠ — ٣٣ .

والمرسل ضعيف فى الاستدلال ، بل لو صح هذا الحديث فإنه لا يكون دليلا فى المسألة التى نتنازع فيها ، وذلك لأن لفظ «الحقى بأهلك» يجوز أن يكون طلاقا ، وليس تفريقا من غير طلاق ، لأن لفظ «الحقى بأهلك» من كنايات ألفاظ الطلاق فألفاظ الطلاق إما أن تكون صريحة كقول الزوج لزوجته أنت طالق ، أو تكون كناية كقوله لها الحقى بأهلك .

الدليل الثانى

الإجماع على ثبوت حق الفرقة للمرأة إذا كان زوجها مجبوبا ، أو عنينا ، فقد حكى الماوردى إجماع الصحابة على ثبوت حق الفرقة للمرأة بالجب والعنة(١) .

وقد بين العلماء كيف تحقق إجماع الصحابة على أن العنة فى الرجل تثبت حق الفرقة للمرأة ، فقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قضى فى العنين أنه يؤجل سنة ، فإن قدر عليها والا أخذت منه الصداق كاملا وفرق بينهما ، وعليها العدة ، وروى عن عبد الله بن مسعود مثل ما روى عن عمر .

وروى عن على بن أبى طالب ، أنه قال : يؤجل سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما .

وكان قضاء هؤلاء الصحابة بذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم ، فيكون هذا إجماعا سكوتيا(٢) .

---

(١) مغنى المحتاج ح٣ ص ٢٠٣

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ح٢ ص ١٥٢٧ والإجماع هو أحد مصادر التشريع فى الإسلام ، ومعنى الإجماع اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى فى واقعة معينة ، وقد دلت النصوص على أن الإجماع يعد أحد الأدلة الشرعية ، =

وعلى هذا يتبين أن ما يقوله الشوكانى(١) إن المنقول عن عمر لا يصلح أن يكون حجة ، لأنه قول صحابى، وقول الصحابى ليس ملزما ، قوله هذا لا يسلم؛ لأن قول عمر وغيره من الصحابة كما ذكرنا كان بحضر من الصحابة ، ولم ينقل أن أحداً منهم أنكر عليهم ، فالدليل هنا عند القائلين به ليس قول الصحابى ، وإنما هو الإجماع السكوتى .

الدليل الثالث

الجذام منفور عنه بالطبع . والطباع السليمة تنفر من جماع من به الجذام ، فهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب أن يجامع من هو به ، وقل أن يسلم الولد من أن يمرض به ، فإن سلم أدرك نسله .

وكون الجذام منفورا عنه بالطبع دل الشرع على اعتباره ، فقد قال

= فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تجتمع أمتى على خطأ» وقال : «لم يكن الله ليجمع أمتى على الضلالة» .

والإجماع ينقسم إلى قسمين : إجماع صريح ، وإجماع سكوتى ، فالإجماع الصريح هو اتفاق المجتهدين على حكم شرعى فى واقعة معينة بإبداء كل منهم رأيه صراحة كأن يستفتى فيها ، فيفتى ، أو يكون قاضيا تنظر أمامه فيقضى فيها .

وأما الإجماع السكوتى فيكون عندما يبدى بعض المجتهدين رأيه صراحة فى واقعة معينة بفتوى أو قضاء ، ويسكت المجتهدون الباقون عن إبداء رأيهم فى هذه الواقعة ، سواء بالموافقة على هذا الرأى أو بمخالفته .

وقد اختلف العلماء فى الإجماع السكوتى هل يعد دليلا شرعيا أم لا ، فذهب جمهور العلماء إلى أن الإجماع السكوتى ليس حجة ، وذهب علماء الحنفية إلى أنه حجة .

(١) الشوكانى فى السيل الجرار جـ٢ ص ٢٩٠

النبي صلى الله عليه وسلم : «وفر من المجذوم فرارك من الأسد»(١) .

وروى مسلم والنسائي عن الشريد بن السويد قال : كان في وفد ثقيف رجل مجذوم ، فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجع فقد بايعناك.

وقد نوقش هذا الدليل بأن الحديث ليس دليلا على ثبوت حق الفرقة لأى من الزوجين إذا وجد بالآخر جذاما ، لأنه أوجب أن يفر السليم من المجذوم ولم يوجب الخيار لأحد الزوجين في فسخ الزواج .

وظاهر الحديث ليس مرادا باتفاق العلماء ، لأنه يجوز أن يدنو السليم من المجذوم ، ويثاب إذا قام على خدمته وتمريضه ، وعلى رعاية مصالحه .

والجواب عن هذه المناقشة أن الحديث لم يذكره الذى إستدل به على أنه يوجب الخيار لأحد الزوجين إذا وجد بالآخر جذاماً ، بل ذكره دليلا على كون الجذام منفورا عنه شرعا . كما أنه منفور عنه طبعا ، وما دام منفورا عنه طبعاً وشرعا فهو مانع يفوت به المقصود من الزواج وهو الاستمتاع(٢).

الدليل الرابع

مصالح الزواج لا تقوم مع وجود هذه العيوب أو تختل بها ، لأن بعض هذه العيوب مما تنفر عنه الطباع السليمة وهو الجنون ، والجذام ، والبرص ، فيؤدى هذا إلى عدم التوافق بين الزوجين فلا تقوم المصالح المتعلقة بالزواج أو تختل ، وبعض هذه العيوب مما يمنع الوطء منعا حسيا ، وهو الرتق القرن ، وغالب المصالح المتعلقة بالزواج يتوقف حصولها على الوطء . فإن العفة عن الزنا ، والسكن بين الزوجين ، والأولاد ، كل ذلك لا يحصل إلا بالوطء(٣)

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام حـ٣ ص٣٠٧ ومغنى المحتاج حـ٣ ص٢٠٣
(٢) حاشية سعدى جلبي مطبوعة مع فتح القدير حـ٣ ص٢٦٧
(٣) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٣ ص١٥٣٧

وقد نوقش هذا الدليل بأن هذه العيوب لا تمنع من الاستمتاع ، أما الجنون ، والجذام ، والبرص فظاهر أنها لا تمنع من الاستمتاع،وأما الرتق فإنه يمكن بعملية جراحية قطع اللحم الذى يسد الفرج ، وأما القرن فبعملية جراحية أيضاً يمكن كسر العظم الذى يوجد فى الفرج ، فتصلح المرأة للاستمتاع بعد ذلك(١) .

هذا ما نوقش به هذا الدليل ، وواضح أن هذه المناقشة يراد بها فقط — بغالب الظن — إضعاف دليل الخصم ولو بالمبالغة فى الرد ، إذ كيف يمكن الاستمتاع العادى بمن به جنون ، أو جذام ، أو برص ، وقد امتن الله تعالى علينا بأن خلق لنا من أنفسنا أزواجا لنسكن إليها ، وجعل بيننا المودة والرحمة ، فقال سبحانه : «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة »(٢) فكيف يتحقق السكن ، والألفة ، والمحبة ، والرحمة بين زوجين بأحدهما جنون ، أو جذام ، أو برص .

ووجود أحد هذه العيوب مانع من الوطء ، لأنه يوجب نفرة تمنع القرب منه كلية ، وتمنع مسه ، ويخاف أن يتعدى الجذام أو البرص إلى نفسه ونسله ، والمجنون يخاف أن يجنى على من يقربه، فهذه العيوب كالمانع الحسى الذى يمنع الوطء(٣) .

وأما القول بأن باستطاعة الزوج أن يستمتع بالزوجة التى بها رتق أو قرن بإجراء عملية جراحية بقطع اللحم أو كسر العظم الذى ينبت فى الفرج، فإنه يمكن أن يرد عليه بأن المقصود من الزواج هو إمكان الاستمتاع بدون توقف على أمر آخر ، ومن الممكن أن نقول أيضاً : هل من المؤكد أن كل رتق أو قرن يمكن إزالته ؟ وإذا كان سيترتب على إزالة اللحم أو العظم

---

(١) المصدر السابق حـ٣ ص١٥٣٨

(٢) سورة الروم من الآية رقم ٢١

(٣) المغنى لابن قدامة حـ٧ ص ٥٨٠ والبحر الزخار حـ٣ ص٦٠

ضرر للمرأة ، فهل تلزم المرأة أيضا بإزالته مع احتمال الضرر ، وإذا رفضت المرأة أن تجرى الجراحة التى تزيل الرتق أو القرن ولو لم تخف من الضرر فهل يجبرها الزوج على ذلك ؟ إن إجبارها على إجراء الجراحة جناية لا تجوز ، وإذا كان إجبارها على إجراء الجراحة جناية لاتجوز ، فهل يثبت للزوج حق الرد بهذا العيب أم لا ؟ إذا قلتم لايثبت فقد فات المقصود من الزواج . وإذا قلتم يثبت فقد قلتم بما نراه وهو إثبات الرد بالعيوب .

الدليل الخامس

ما رواه مالك فى الموطأ ، والدارقطنى . عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، أنه قال : أيما امرأة غر بها رجل ، بها جنون أو جذام ، أو برص ، فلها مهرها بما أصاب منها ، وصداق الرجل على من غره ، وفى لفظ عند الدارقطنى : قضى عمر فى البرصاء ، والجذماء ، والمجنونة ، إذا دخل بها فرق بينهما ، والصداق لها بمسيسه إياها ، وهو له على وليها(١) .

فقد أثبت عمر حق الرجل فى أن يفارق زوجته إذا وجد بها أحد هذه العيوب ، وأن يرجع بالمهر الذى دفعه على من غره ، وهذا يدل على أن من لم يكن له علم بالعيب فى الزوج الآخر لا يغرم شيئا ، وهذا إنما يكون فى الفسخ(٢) .

وإذا كان ذلك قد صح عن عمر ، فإن ظاهر مثل ذلك لا يكون اجتهادا بالرأى ، وإنما يكون عن توقيف ، أى يكون واردا فى الشرع(٣) .

وإذا ثبت حق الفرقة بالجنون والجذام والبرص ، فإنه يمكن أن يقاس على هذه العيوب الثلاثة كل عيب من العيوب المنفرة التى لا تستقيم معها

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ١٥٦

(٢) منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب ص ١٨٥

(٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٠٣

الحياة الزوجية . أو يؤدى إلى ضياع المقصود من الزواج ، وذلك لأن العيب المنفر الذى يمنع من القرب ممن به العيب يكون كالعيب المانع من الوطء .

وقد نوقش هذا الدليل بأمرين :

الأمر الأول : أن هذا رواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب ، وسعيد ابن المسيب لم يسمع من عمر رضى الله عنه إلا نعيه النعمان بن مقرن(١) .

وأجيب ، أن هذا كلام مخالف لإجماع علماء الحديث قاطبة ، قال الإمام أحمد بن حنبل إذا لم يقبل سعيد بن المسيب عن عمر رضى الله عنه فمن يقبل؟

وجمهور أئمة الإسلام يستدلون بقول سعيد بن المسيب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكيف بروايته عن عمر رضى الله عنه ، وكان عبد الله ابن عمر رضى الله عنهما يرسل إلى سعيد يسأله عن قضايا عمر رضى الله عنه فيفتى بها ، ولم يطعن أحد قط من أهل عصره ، ولا من بعدهم ، ممن له فى الإسلام قول معتبر فى رواية سعيد بن المسيب عن عمر رضى الله عنه ، ولا عبرة بغير جمهور أئمة الإسلام(٢) .

الأمر الثانى : أن هذا قول لصحابى ، وأقوال الصحابة ليست دليلا شرعيا ملزما(٣) .

والرد على هذا أن أصحاب هذا الرأى قد قالوا : إن الظاهر أن عمر لم يقل هذا برأيه ، لأن مثل هذا لا يكون إلا عن توقيف ، أى سماع من الرسول صلى الله عليه وسلم لا عن رأيه هو(٤) .

---

(١) المحلى جـ١٠ ص٦٠
(٢) زاد المعاد لابن القيم جـ ٤ ص ٣١
(٣) السيل الجرار الشوكانى جـ ٣ ص ٢٩٠
(٤) مغنى المحتاج جـ٣ ص ٢٠٣

الدليل السادس

ما رواه البيهقى بإسناد جيد ، عن ابن عباس رضى الله عنهما « أربع لا يجزن فى بيع ، ولا نكاح : المجنونة ، والمجذومة ، والبرصاء ، والعفلاء »(١) .

الدليل السابع

ما رواه أبو داود عن ابن جريج ، عن بعض بنى أبى رافع مولى النبى صلى الله عليه وسلم ، عن عكرمة ، عن ابن عباس رضى الله عنهما ، قال : « طلق عبد يزيد أبو ركانة زوجته أم ركانة ، ونكح امرأة من مزينة ، فجاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقالت : ما يغنى عنى إلا كما تغنى هذه الشعرة — لشعرة أخذتها من رأسها — ففرق بينى وبينه » ، فأخذت النبى صلى الله عليه وسلم حمية ، فذكر الحديث . وفيه « أنه صلى الله عليه وسلم قال له : طلقها ، ففعل ، قال : راجع امرأتك أم ركانة ، فقال : إنى طلقتها ثلاثا يا رسول الله ، قال : قد علمت ، أرجعها . وتلا : « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن »(٣) .

---

(١) سبل السلام للصنعانى جـ٣ ص١٥٤ والعفل — بفتح العين والفاء — كما فسره المالكية : لحم يبرز فى فرج المرأة ، ولا يسلم غالبا من رشح ، يشبه أدرة الرجل — بضم الهمزة وسكون الدال — أى يشبه انتفاخ ، خصية الرجل ، وقيل إنه رغوة فى الفرج تحدث عند الجماع .

(٢) المحلى جـ١٠ ص٦٠ .

(٣) زاد المعاد جـ٤ ص ٣٠ .

وقد نوقش الاستدلال بهذا الخبر ، بأن هذا الخبر ضعيف لأمرين :

الأمر الأول : أن ابن جريج : رواه عن شخص لم يذكر اسمه ، فتكون رواية عن مجهول ، والرواية عن المجهول لا يصح الاستدلال بها .

الأمر الثاني : أن عبد يزيد لم يثبت أنه صحابي ولم يثبت إسلامه ، وإنما الذي ثبت أنه صحابي هو ركانة ابنه(١) .

وقد أجيب عن هذه المناقشة بأن من روى عنه ابن جريج وإن كان مجهولا إلا أنه تابعي ، وابن جريج من الأئمة الثقات العدول ، وإذا روى العدل عن غيره ، فإن ذلك يكون إثباتا لعدالة المروى عنه عند الراوى ، فالمروى عنه عدل ما لم يعلم فيه جرح يطعن فى عدالته ، ولم يكن الكذب ظاهرا فى جيل التابعين ، ولا سيما التابعين من أهل المدينة ، ولا سيما من كانوا موالى الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولا سيما فى هذا الأمر الذى تشتد حاجة الناس إليه ، فإنه لا يظن بابن جريج الإمام الثقة العدل أن ينقله عن كذاب ولا عن غير ثقة عنده ولم يبين حاله(٢) .

الدليل الثامن

ما روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه أمر بالفرقة إذا وجدت المرأة أن زوجها لا يقدر على الوطء .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٦٠

(٢) زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٠

وقد نوقش هذا بأنه لم يصح عن عثمان ، وأيضا فإنه قد جاء عن غير عثمان من الصحابة رضى الله عنهم خلاف ذلك .

فقد روى عن هانىء بن هانىء أنه قال : كنت عند على بن أبى طالب ، فقامت إليه امرأة فقالت له : هل لك إلى امرأة لا أيم ولا ذات بعل ، قال : وأين زوجك ؟ فقالت : هو فى القوم . فقام شيخ يجنح .

فقال : ما تقول هذه المرأة ؟ قال : سلها هل تنقم فى مطعم أو ثياب ، فقال على : فما من شيء ؟ قال : لا ، قال : ولا من السحر ؟ قال : لا ، قال : هلكت وأهلكت ، قالت : فرق بينى وبينه ، قال : اصبرى ، فإن الله تعالى : لو شاء لابتلاك بأشد من ذلك .

وإذا كان قد روى عن غير عثمان من الصحابة خلاف ماروى عنه فليس الاحتجاج بأقوال بعضهم أولى من الاحتجاج بأقوال البعض الآخر[1] .

الدليل التاسع

أن المقصود من الزواج هو الوطء ، وهو حق للزوج والزوجة ، فإذا لم يقدر الزوج على الوطء لوجود عنة به ، أو غيرها ، فقد أدى هذا إلى إلحاق الضرر بها ، والضرر ممنوع فى الشريعة الإسلامية ، قال تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » : وقال صلى الله عليه وسلم : « لاضرر ولا ضرار » .

وقد ناقش ابن حزم هذا الدليل بأن الذى يمتنع عن وطء زوجته وهو قادر على ذلك يضر بها ، فيجب منعه من ذلك ، وأما العاجز عن الوطء فلا

---

(١) المحلى جـ ١٠ ص ٦٠

يـكلف مالا يقدر عليه ، لأن الله تعالى قال : « لا يـكلف الله نفسا إلا وسعها » .

وأيضا إن المرأة إذا كان زوجها عنينا فقد قلتم بأنها تصبر عليه سنة ، فما الفرق بين صبر سنة وصبر سنتين أو أكثر ؟ لا فرق .

وكيف يسلم لكم القول بأن عـدم وطئه لها لوجود العنة ضرر مسوغ للتفريق بينهما مع أنكم تقولون إنه إن وطئها مرة واحدة بعد الدخول ، ثم أصابته العنة بعد ذلك ، فليس لها حق التفريق ، مع أن الحس والضرورة يشهدان بأن الضرر فى التى وطئها مرة ثم أصابته العنة أشد من ضرر التى لم يطأها قط(١) .

الدليل العاشر

الوطء مرة واحدة مستحق للزوجة على زوجها بعقد الزواج ، فإذا قيل إن عقد الزواج لازم ولا يثبت الخيار المرأة عند ثبوت عجز الزوج عن مجامعتها لوجود العنة به فقد أدى هذا إلى فوات حقها فى الجماع الذى تستحقه بعقد الزواج ، وهذا ظلم فى حقها وإضرار بها ، وقد قال الله تعالى: « ولا يظلم ربك أحدا » وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » فيؤدى إلى التناقض ، والتناقض فى الأحكام الشرعية مستحيل(٢) .

---

(١) المصدر السابق جـ١٠ ص٦٠ ، ٦١

(٢) بدائع الصنائع جـ٣ ص١٥٢٧

الدليل الحادى عشر

أن الله تعالى : قد أوجب على الزوج أن يمسكها فى عصمته بالمعروف أو يسرحها بالإحسان، بقوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» ومن المعلوم أن إلزامها بالزوج مع كونها محرومة الحظ من الزوج ، ليس من الإمساك بالمعروف فى شىء . فيتعين على الزوج أن يسرحها بالإحسان ، فإن سرحها بنفسه فقد حصل المطلوب ، وإن لم يسرحها بنفسه ناب عنه القاضى فى التسريح(١) .

الدليل الثانى عشر

ثبت التفريق بين الزوجين بالعنة عن عمر بن الخطاب ، وعثمان ابن عفان . وعبد الله بن مسعود . وسمرة بن جندب . ومعاوية بن أبى سفيان ، والحارث بن عبد الله بن أبى ربيعة . والمغيرة بن شعبة ، رضى الله عنهم ، لكن عمر وابن مسعود ، والمغيرة أجلوه سنة ، وعثمان . ومعاوية ، وسمره لم يؤجلوه . والحارث بن عبد الله أجله عشرة أشهر(٢) .

الدليل الثالث عشر

روى الشعبى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال : أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن ، فزوجها بالخيار مالم يمسها ،

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٥٢٧ .

(٢) زاد المعاد جـ ٤ ص ٣٠ .

إن شاء أمسك وإن شاء طلق ، وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها(١) .

وبهذا ننتهى من ذكرنا لأدلة الرأى الأول ، وننتقل الان إلى ذكر أدلة الرأى الثانى .

أدلة الرأى الثانى

الرأى الثانى - كما سبق أن بينا - هو مايراه الحنفية، وهو انه - بالاتفاق بينهم - لا يثبت حق التفريق للزوج بوجود أى عيب فى الزوجة، ولكن يثبت حق التفريق - بالاتفاق بينهم - إذا وجدت المرأة بزوجها جبا ، أو عنة ، أوخصاء ، وأما إذا وجدت بزوجها جنونا ، أو جذاما ، أو برصا ، فيرى محمد بن الحسن أنه يثبت حق التفريق للزوجة ، ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يثبت حق التفريق لها .

فهذا الرأى - إذن - له شطران ، أحدهما أن حق التفريق لا يثبت للزوج إذا وجد بزوجته أى عيب من العيوب ، والشطر الآخر أن الزوجة يثبت لها حق التفريق إذا كان بزوجها جنون أو جذام أو برص كما يرى محمد بن الحسن . أو لا يثبت لها حق التفريق بهذه العيوب الثلاثة كما يرى أبو حنيفة وأبو يوسف .

وكل شطر من هذين الشطرين محتاج إلى دليل يدل عليه .

أما الشطر الأول ، وهو أن حق التفريق لا يثبت للزوج إذا وجد بزوجته أى عيب من العيوب ، وهو كما قلنا باتفاق الحنفية ، فقد استدلوا له بدليلين :

---

(١) زاد المعاد ج ٤ ص ٣١

الدليل الأول: القياس، فكما أن حق استمتاع الزوج بزوجته يفوت إذا ماتت الزوجة قبل أن يدخل بها، ولا يجب فسخ الزواج بهذا الموت فلا يسقط مهرها بهذا الموت الذى أدى إلى فوات حق استمتاع زوجها بها، فإننا نقيس اختلال استمتاع الزوج بزوجته — لوجود عيب فيها — على فوات الاستمتاع بموتها قبل أن يدخل بها، فتأخذ صورة اختلال استمتاع الزوج بزوجته بسبب العيب فيها، حكم صورة فوات الاستمتاع بسبب موتها قبل أن يدخل بها، والحكم هنا هو عدم سقوط المهر لأنه لا يثبت الفسخ، بل إن اختلال الاستمتاع أولى بهذا الحكم من فوات الاستمتاع بالكلية بسبب الموت.

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه قياس باطل، وذلك لأن قياس العيب على الموت قياس مع الفارق بينهما، والقياس مع الفارق باطل، وبيان أنه قياس مع الفارق أن حق استمتاع الزوج بزوجته إنما يفوت بالموت، لأن عقد الزواج له وقت مؤقت به، وهو وقت حياة الزوجين، بخلاف الحال مع العيب، فإن حياة الزوجين باقية مع وجود العيب (1).

الدليل الثانى: استمتاع الزوج بزوجته ثمرة من ثمرات عقد الزواج، وفوات الثمرة لا يؤثر فى عقد الزواج، لأن ثمرات عقد الزواج لا يجب أن تراعى كاملة من كل وجه، ولهذا لو فات استمتاعه بزوجته لوجود رائحة كريهة جداً بها، أو جروح قبيحة، فلا يثبت له حق الفسخ الذى يسقط مهرها، لأن المستحق للزوج بعقد الزواج هو تمكنه من وطئها، وتمكن الزوج من وطئها مع وجود العيب غير ممتنع، لجواز أن يطأ الزوج من بها جذام أو برص أو جنون، ويتوصل إلى وطء

---

(1) فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٣ ص ٢٦٨

من بها رتق أو قرن بإجراء جراحة فى الفرج تزيل ما يسده من اللحم أو العظم .(١)

ويمكن أن نناقش هذا الاستدلال بأن حق الفسخ لا يثبت للزوج إذا وجد بزوجته رائحة كريهة جداً ، أو وجد بها قروحاً قبيحة لأن هذا لا يمنع من الوطء ، ولا يخشى العدوى منه، ولأن حق التفريق بين الزوجين بأى عيب من العيوب لا يثبت إلا إذا قام دليل عليه من النص ، أو الإجماع، أو القياس ، ولم يثبت فى ذلك نص ولا إجماع ، ولا يصح قياس ذلك على العيوب الأخرى التى تثبت الخيار ، لوجود الفرق بينهما ، فإن الوطء مع وجود الرائحة الكريهة أو وجود الجروح القبيحة ممكن .(٢)

وقولكم بأن تمكن الزوج من وطء الزوجة مع وجود الجنون أو الجذام أو البرص غير ممتنع لا نسلمه ، بل نقول إن وجود أحد هذه العيوب مانع من الوطء ، لأنه يوجب نفرة تمنع من القرب منه كلية وتمنع مسه ، ويخاف أن يتعدى الجذام أو البرص إلى نفسه وإلى نسله ؛ والمجنون يخاف منه أن يجنى على من يقربه ، فصارت هذه العيوب كالمانع الحسى الذى يمنع الوطء (٣)

هذا هو ما يتصل باستدلال الحنفية على أن حق التفريق لا يثبت للزوج إذا وجد بزوجته أى عيب من العيوب .

وأما ما يتصل بالشطر الآخر من رأيهم ، وهو أن الزوجة

---

(١) المصدر السابق جـ ٣ ص ٢٦٨

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع لمحمد بن أحمد بن قدامة المقدسى مطبوع مع المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٥٧٨

(٣) المغنى جـ ٧ ص ٥٨٠

يثبت لها حق التفريق إذا كان بزوجها جنون أو جذام أو برص كما يرى محمد بن الحسن . أو لا يثبت لها حق التفريق بهذه العيوب الثلاثة كما يرى أبو حنيفة وأبو يوسف، فإننا نجد رأى محمد بن الحسن يستند إلى أن الزوجة لها حق فى الوطء ، وإذا وجدت بزوجها جنوناً أو جذاماً أو برصاً ، فإن هذا العيب يجعل من المتعذر عليها أن تصل إلى حقها، فكان هذا بمنزلة الجب والعنة ، فيثبت لها الخيار حتى تدفع الضرر عنها ، لأنه لا يوجد طريق آخر أمام الزوجة سوى هذا ، بخلاف الزوج . فإنه لا يثبت له حق التفريق بأى عيب فى الزوجة، لأنه يستطيع أن يدفع الضرر عن نفسه بأن يطلقها ، فالشرع أعطاه حق الطلاق ، وإذا لم يرد أن يطلقها فله أن يتزوج غيرها .(١)

ونجد رأى أبى حنيفة وأبى يوسف يستند إلى أن الأصل هو عدم ثبوت الخيار لأى من الزوجين فى فسخ الزواج ، وذلك لأن الأصل أن إزالة قيد الزواج إنما يكون بوسيلة الطلاق لا بالفسخ ، والطلاق حق من حقوق الزوج ، وثبوت الخيار للزوجة فى التفريق بينها وبين زوجها فيه إبطال لحق الزوج ، وإنما ثبت الخيار للزوجة فى التفريق إذا كان زوجها مجبوباً أو عنينا ، لأن الجب والعنة يؤديان إلى الإخلال بالمقصود الذى شرع له الزواج وهو التمكن من الوطء ، لأن الزواج شرع لأجل التمكن من الوطء ، لكن الزوج إذا كان به جنون أو جذام أو برص فإن ذلك لا يؤدى إلى الإخلال بالمقصود الذى شرع له الزواج وهو التمكن من الوطء ، ، فالجب والعنة مختلفان عن الجنون والجذام والبرص .(٢)

---

(١) فتح القدير حـ ٣ صـ ٢٦٨ والمختار من كتاب اللباب فى شرح الكتاب صـ ٤٨١

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى مع فتح القدير حـ ٣ صـ ٢٦٨

ويمكن أن يناقش الاستدلال لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف بما يأتى :

أولا : الجنون والجذام والبرص مانع من الوطء، لأن كلا من هذه الثلاثة يوجب نفرة تمنع من جماعه ومسه ، ويخاف أن يتعدى الجذام أو البرص إلى نفسه وإلى نسله ، والمجنون يخاف منه أن يجنى على من يقربه ، فصارت هذه العيوب مثل المانع الحسى الذى يمنع الوطء ، فتأخذ حكم الجب والعنة .

ثانيا : المرأة أحد العوضين فى الزواج ، وذلك لأن الزواج فيه عوضان: المرأة والمهر وإذا كانت المرأة أحد العوضين فى الزواج فإنه يجوز أن ترد بالعيب كما يجوز أن يرد العوض الثانى وهو المهر بالعيب .

ثالثا : المرأة أحد العوضين فى عقد الزواج ، ومن المقرر أنه يجوز رد أى عوض فى عقود المعاوضات بالعيوب التى يجدها الطرف الآخر فيه ، فيجوز إذن رد المرأة بالعيب .

رابعاً : الرجل أحد الزوجين، فيثبت له حق الخيار فى فسخ عقد الزواج بالعيب إذا وجده فى المرأة ، قياساً على المرأة ، فإنها أحد الزوجين ، وقد ثبت لها حق الخيار فى فسخ الزواج بالجب والعنة إذا وجدت أحدهما فى الرجل (١) .

وبهذا ننتهى من استدلال الحنفية على مايرونه فى التفريق بين الزوجين بالعيوب التى تمنع الاستمتاع ، وننتقل الآن إلى بيان أدلة الرأى الثالث .

---

(١) كشاف القناع لمنصور بن يونس البهوتى جـ ٥ صـ ١٠٦ ، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسى مع المغنى لابن قدامة جـ٧ ص ٥٦٦ .

أدلة الرأى الثالث

الرأى الثالث كما سبق أن بيناه هو أنه ليس لأى من الزوجين الحق فى فسخ الزواج بأى عيب من العيوب ، وهو مايراه ابن حزم كما ذكرنا ، وقد استدل له ابن حزم بالأدلة الآتية :

الدليل الأول

أن كل زواج صح بكلمة الله عزوجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم يحرم الله به بشرة الزوجة وفرجها على كل رجل سوى زوجها ، فمن يفرق بين هذين الزوجين اللذين جمعهما الزواج الصحيح بغير دليل من القرآن أو السنة الثابتة ، فقد دخل فى صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله : « فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرء وزوجه » (١) .

وقد نوقش هذا بأن التفريق بين الزوجين بالعيوب لايتعارض مع القرآن ولا مع السنة ، وكيف يتعارض هذا مع القرآن والسنة مع أن عمومات الكتاب والسنة ـ وابن حزم يأخذ بهذه العمومات ـ تقضى قطعا بإزالة الضرر عمن نزل به بكل وسيلة ممكنة ، وهذا أصل يعد من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة ، فالتفريق بين الزوجين بالعيوب لايتعارض مع القرآن والسنة ، بل هو فرد من أفراد هذا الأصل ، وتطبيق لقاعدة رفع الضرر .

كيف يجوز أن يحكم على أحد الزوجين ، أو كليهما أن يتحمل من صاحبه مالا يستطيع أن يتحمله إلا بتكلف مشقة لا يجوز فى الشرع أن يجبر على تحملها ، وإنما الجائز أن يكون تحمله لذلك باختياره ، إنه إذا طلب

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ صـ ٦١

التفريق فرارا من هذه المشقة التى تضرر بها والكن الآخر منعه من ذلك ، فإنه فى هذه الحال يجب على القاضى أن يفرق بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : « وفر من المجذوم فرارك من الأسد » لأنه إذا لم يفرق القاضى بينهما فسيبقى المتضرر أسيرا لصاحبه لا يخرج من هذا الأسر إلا برضاه ، وقد يضن عليه بالمفـــارقة فيجب على القاضى أن يقوم بواجب التسريح بالإحسان الذى أمر به القرآن ، وتطبيقا لقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه »(١) .

الدليل الثانى

ماروى عن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم ، أن امرأة رفاعة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالت : يارسول الله ، إنى كنت تحت رفاعة ، فطلقنى آخر التطليقات الثلاث ، وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير ، فوالله ما وجدت منه إلا مثل الهدبة(٢) ، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال : لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث على أنه لا يثبت لأحد الزوجين الحق فى فسخ الزواج بالعيوب التى تمنع الاستمتاع ، أن هذه المرأة قد ادعت أن زوجها عنين والرسول صلى الله عليه وسلم لم يثبت لها الخيار فى فسخ الزواج ، فدل هذا على أن الزواج قد وقع لازما لكل من الزوجين ، لا خيار لأحدهما فى فسخه(٣) .

---

(١) منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب ص ١٨٨

(٢) هدبة الثوب ـ بضم الهاء وسكون الدال ـ حاشية الثوب . المصباح المنير مادة هدب ، وطرر ، وكفف .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٥٢٦ ، ١٥٢٧ والمحلى جـ ١٠ ص ٦٢ .

وقد أجاب العلماء على هذا الاستدلال بعدة إجابات :

إحداها : ما أجاب به صاحب البحر الزخار ، وهو أن زوجها عبد الرحمن بن الزبير لعله أنكر ما نسبته إليه زوجته من عيب ، والظاهر يؤيد زوجها فى إنكاره العنة(١) .

وهذه إجابة أجدها غير قوية ، وأقوى منها - كما نرى - ما أجاب به الصنعانى فى سبل السلام ، أنها لم تطلب فسخ الزواج ، بل فهم منها صلى الله عليه وسلم أنها تريد أن يراجعها رفاعة ، فأخبرها أن عبد الرحمن بن الزبير حيث لم يذق عسيلتها ولا ذاقت عسيلته لا تحلها لرفاعة ، وكيف يصح أن تحمل حديثها على أنها كانت تطلب الفسخ ، مع أن القصة كما وردت فى موطأ مالك : « أن رفاعة طلق امرأته تميمة بنت وهب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا ، فنكحت عبد الرحمن بن الزبير ، فأعرض عنها ، فلم يستطع أن يمسها ، ففارقها ، فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أتريدين » الخ الحديث ، وفى لفظ آخر فى الموطأ : « أن عبد الرحمن لم يستطع أن يمسها ، فطلقها ، فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول ، فجاءت تستفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأجابها بأنها لا تحل له(٢) » .

وبين بعض العلماء أنه قد روى أن الرجل أنكر ما ندعيه عليه وقال : إنى لأعركها عرك الأديم(٣) وقال ابن عبد البر : وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه ، فلا معنى لضرب المدة ، ويصحح هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) البحر الزخار ، لأحمد بن يحيى المرتضى ج ٣ ص ٦٥ .
(٢) سبل السلام للصنعانى ج ٣ ص ١٥٦ والمغنى ج ٧ ص ٦٠٣ ، ٦٠٤
(٣) الأديم : الجلد ، والعرك الدلك .

قال لها : « تريدين أن ترجعي إلى رفاعة » ولو كان ذلك قبل أن يطلقها عبد الرحمن بن الزبير لما كان في مقدورها أن ترجع إلى رفاعة .

وقيل إن المرأة ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب على طريق المبالغة، ولذلك قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « حتى تذوقي عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك ،

وبهذا ينتهي الكلام على أدلة الرأي الثالث ، ونتكلم فيما يأتي عن أدلة الرأي الرابع .

أدلة الرأي الرابع

الرأي الرابع كما سبق أن بيناه هو أن حق التفريق يثبت للزوج بكل عيب في الزوجة يصح أن ترد به الجارية في البيع ، ويثبت حق التفريق للزوجة إذا وجدت في زوجها أحد العيوب المنفرة التي تخل بالمقصود من الزواج ، بحيث تتضرر من معاشرته .

وهذا كما بينا هو رأي ابن القيم ، وقد استدل ابن القيم على هذا الرأي بالأدلة الآتية :

الدليل الأول

قياس عقد الزواج على عقد البيع ، والعلة الجامعة بين هذين العقدين ـ التي أجازت القياس ـ هي أن كلا منهما عقد يجب أن يوفي بالشروط التي تشترط فيه ، ولما كان عقد البيع يجوز أن ترد الجارية فيه بأي عيب جرت العادة بالسلامة منه ، فكذلك يكون عقد الزواج ، فيجوز رد الزوج لزوجته إذا وجد بها عيباً جرت العادة بالسلامة منه ، بل إن عقد الزواج أولى من عقد البيع في ذلك، لأنه قد دلت الأدلة الشرعية على أن عقد الزواج

يجب الوفاء بالشروط المشترطة فيه أشد من وجوب الوفاء بالشروط المشترطة في عقد البيع ، قال صلى الله عليه وسلم : « إن أحق ماوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » .

وكل عيب جرت العادة بأن يكون الإنسان سليما منه فإن السلامة منه تعتبر مشروطة عند الإطلاق ، وذلك لأن القواعد الشرعية تقضى بأن المعروف عرفا هو كالمشروط شرطاً ، فإذا لم تتحقق السلامة من العيوب التي جرت العادة بالسلامة منها ، فإن هذا يعتبر من التغرير الموجب للغبن ، وقواعد الشرع تقضى بأن يرفع هذا الغبن ويزال عن المغبون إذا طلب ذلك (١) .

وقد أجيب على هذا الاستدلال ، بأن قياس الزواج على البيع لا يصح ، لأنه قياس مع الفارق والقياس مع الفارق لا يصح ، وبيان أنه قياس مع الفارق أن المقصود في عقد البيع هو المالية ، ولهذا نجده مبنياً على المساومة والمشاحة بين البائع والمشترى ، ولا يقصد منه المعاشرة بين المتعاقدين ، فلهذا كان وجود العيب في المعقود عليه مجيزا لفسخ العقد ، لأن وجود العيب يؤثر في المالية المقصودة في عقد البيع .

وأما الزواج فيختلف عن البيع في هذا كله ، فالزواج ليس مبنيا على المساومة والمشاحة ، وإنما يبنى على المسامحة والمكارمة ، والمسامحة توجب التجاوز عن كثير من العيوب وغض الطرف عنها ، إلا إذا صرح باشتراط أن يكون أحد الزوجين خاليا عنها ، فإنه يعلم في هذه الحالة أن للعاقد غرضا يتعلق باشتراطها .

---

(١) زاد المعاد ج ٤ ص ٣١ ، ومنهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب ص ١٨٩ .

فإذا حملنا الإطلاق فى عقد الزواج على الإطلاق فى عقد البيع فإن هذا لا يكون متمشيا مع قواعد الشريعة ، وذلك لأنه يؤدى إلى أن نعتبر كل عاقد مغبونا ، فيصير عقد الزواج مزعزعا متعرضا للاهتزاز فى كل وقت ، مع أن الأصل فيه أن يكون مستقرا محوطا بالإجلال والاحترام(١) .

الدليل الثانى

أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فارق من وجد بجسمها بياضا يشبه البرص ، وثبت عنه صلى الله عليه وسلم أيضا أنه قال : « وفر من المجذوم فرارك من الأسد » وثبت عن الصحابة أنهم فرقوا بين الزوجين ببعض العيوب ، فقد روى يحيى بن سعيد الأنصارى عن سعيد بن المسيب قال : قال عمر رضى الله عنه : أيما امرأة تزوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك ، فلها مهرها بمسيسه إياها ، وعلى الولى الصداق بما دلس كما غره ، وروى الشعبى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال : أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن ، فزوجها بالخيار ما لم يمسها ، إن شاء أمسك وإن شاء طلق ، وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها .

والتنصيص على بعض العيوب يعتبر إشارة إلى أن كل عيب يماثلها أو يفوقها يثبت به حق التفريق ، وإذا كان قد روى عن عمر بن الخطاب التفريق ببعض العيوب فقد روى عنه أيضا ما يدل على أنه رضى الله عنه لم يذكر تلك العيوب على وجه الاختصاص والحصر دون ما عداها ، فقد روى وكيع عن سفيان الثورى ، عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر رضى الله عنهم ، قال : إذا تزوجها برصاء أو عمياء فدخل بها فلها الصداق ، ويرجع على من غره .

---

(١) منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب ص ١٩٠ .

ومما يدل أيضا على أن هذه العيوب لم تذكر على وجه الاختصاص والحصر دون ما سواها ، ماحكم به شريح رضى الله عنه ، وهو القاضى الذى يضرب المثل بعلمه ودينه وحكمه ، فقد روى عنه ما يشير إلى أن كل عيب دلست به المرأة فللزوج الحق فى ردها به ، روى عبدالرازق عن معمر ، عن أيوب ، عن ابن سيرين رضى الله عنه ، قال : خاصم رجل إلى شريح ، فقال : إن هؤلاء قالوا لى : إنا نزوجك أحسن الناس ، فجاءونى بامرأة عمياء ، فقال شريح : إن كان دلس لك بعيب لم يجز .

فإذا تأملنا ما قضى به شريح ، وقوله إن كان دلس لك بعيب ، وجدنا أنه يقتضى أن كل عيب دلست به المرأة فللزوج الحق فى ردها به .

وإذ كان قد روى عن عمر رواية حصرت الرد فى بعض العيوب ، وهى ماروى عنه أنه قال : لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والداء فى الفرج ، فقد أجاب ابن القيم عن ذلك ، بأن هذه الرواية لا نعلم لها إسنادا أكثر من أصبغ وابن وهب عن عمر(١) .

وقد أجيب على هذا الاستدلال بأننا إذا قلنا إن التنصيص على بعض العيوب يعتبر إشارة إلى أن كل عيب يماثلها أو يفوقها يعد من العيوب التى تثبت حق التفريق بين الزوجين ، فإن هذا القول ربما أدى إلى فتح باب الخلافات والتنازع بين الأزواج على مصراعيه ، لأنه لا يبعد أن كل زوج أصيبت زوجته بأحد الأمراض ، أو زوجة أصيب زوجها بعلة طالت عليه بعض الوقت ، أن يدعى كل منهما أن هذا المرض أو هذه العلة سببت له النفور ممن أصيب بها ، ولهذا فانه يطلب التفريق بينهما ، وهذا يؤدى إلى أن نفتح بابا خطيرا لهدم العلاقات الزوجية فيجب أن يسد هذا الباب ، بأن نرجع إلى ما نصت عليه النصوص الشرعية من الأمراض والعلل التى تثبت

---

(١) زاد المعاد حـ ٤ ص ٣٠ ، ٣١ .

حق التفريق ، حتى لا توجد ذريعة لحدوث الخلاف بين الزوجين(١) .

الرأى المختار

بعد أن استعرضنا فيما سبق آراء العلماء وأدلتهم فى التفريق بين الزوجين بالعيوب التى تمنع الاستمتاع ، فإن القلب يميل إلى ما يراه جمهور العلماء من الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعى ، وأحمد ، ونرى أن رأيهم هو أعدل الآراء وأوسطها ، فلا هو مبالغ فى جانب عدم ثبوت حق التفريق بالعيوب ، كما هو رأى ابن حزم الذى يقول بعدم ثبوت حق التفريق بأى عيب من العيوب ولا هو مبالغ فى جانب ثبوت حق التفريق بالعيوب كما هو رأى ابن القيم الذى يقول بثبوت حق التفريق بأى عيب ترد به الجارية فى البيع ، وإنما هو وسط يثبت حق التفريق ببعض العيوب ولا يثبته فى كل عيب .

وإذا كنا نريد الرد على من منع مطلقا وهو ابن حزم ومن وافقه فإننا نقول : إذا كانت بعض الأدلة التى استند إليها رأى الجمهور قد ضعفت فقد سلم البعض الآخر من التضعيف ، ويكفى فى إثبات أى رأى من الآراء أن يصمد دليل واحد دل عليه للمناقشة .

وإذا كان من مقاصد الزواج حماية الأخلاق وصيانة كل من الزوجين عن الوقوع فى رذيلة الزنا ، لأن كلا من الزوجين يشبع رغبته الطبيعية فى الاستمتاع بالآخر وفقا للحدود التى حددها الشرع وإذا كان من محاسن الزواج أن تكون العلاقة بين الزوجين قائمة على أساس من المودة والرحمة ، فإن هذا قد يفوت إذا وجدت العيوب التى تجعل أحد الزوجين ينفر من الآخر ، أو تؤدى إلى أن أحد الزوجين لا يستطيع إشباع غريزة الاستمتاع فيه ، بل إن ذلك قد يؤدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر ، لأن بعض العيوب قد تعدى كالجذام ، وقد يلحق بالطرف الآخر منها الجناية عليه كالجنون ، وقد تؤدى العيوب أيضا

---

(١) منهاج الطالب ، المصدر السابق ص ١٩٠ .

إلى أن الطرف الآخر يتعدى حدود الله ، فلا يعطى للطرف الذى وجد به العيب حقوقه المشروعة .

فالزواج يقبل عليه كل من الرجل والمرأة وهما يريدان به دوام الصلة والعشرة بينهما ، والمقصود الأعظم من الزواج هو الاستمتاع ، سواء من الرجل ، أو المرأة ، والعيوب التى دلت الأدلة على اعتبارها تؤدى إلى منع المقصود الأعظم ، وهو الاستمتاع ، أو تؤدى إلى تشويش النفس ، فتمنع كمال الاستمتاع .

فقطع الذكر والعنة فى جانب الزوج ، والرتق ، والقرن فى جانب الزوجة ، كل ذلك مانع من الجماع ، والعيوب الأخرى التى بينها العلماء بالأدلة كالجنون والجذام ، والبرص تشوش نفس السليم فتمنع كمال الاستمتاع عنده .

فإذا قلنا بأن هذه العيوب — على خلاف بين العلماء فى تحديدها — أسباب لثبوت الخيار لكل من الزوجين فى الفرقة ، فإننا نقول بذلك لأنه لو لم يثبت الخيار للزوجين فى التفريق بهذه العيوب لأدى ذلك إلى دوام حصول الضرر ، والضرر ممنوع فى الإسلام(١) .

وإذا كان قد ثبت فى الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قد أرسل إلى رجل مجذوم جاء فى وفد ثقيف لكى يبايعه . أرسل إليه : ارجع فقد بايعناك ، مع أن المعروف أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان من عادته أن يصافح من يبايعه ،(٢) فإن هذا دليل على أن النفس تنفر من مخالطة الشخص الذى يصاب بهذا المرض . فما بالك إذا كان هذا العيب فى أحد الزوجين ،

---

(١) كفاية الأخيار لأبى بكر بن محمد الحصنى ج ٢ ص ٣٧ .

(٢) المختصر النافع ص ١٨٧ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٤ .

والخلطة بينهما دائمة ، أو هي كالدائمة ، وليست مجرد لقاء عابر بين إنسان سليم وإنسان أصيب بهذا الداء .

وقد يقول البعض إن العيب إذا كان قديماً ، فإن الطرف الآخر يكون مقصراً في الكشف عن هذا العيب ، فيجب أن يتحمل نتيجة تقصيره ، وإذا كان العيب حادثاً ، فإن حسن العشرة ، يقتضي أن يتحمل الإنسان ذلك .

والإجابة عن هذا بأن هناك عيوباً تخفى على من يخالط المعيب من أهله وأقربائه وأصدقائه ، فما بالك بالأجانب الذين لا يخالطونه .

وإذا حدث العيب فإن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لا تقول بالتزام الضرر .

وقد يقال : إن في الطلاق والخلع مخرجاً من مثل هذا ، فإذا وجد الزوج بزوجته عيباً من العيوب التي تعطى الحق في التفريق فيمكنه أن يطلقها ، وإذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً من هذه العيوب ، فيمكنها أن تلجأ إلى الخلع ، وهو أن تعطى زوجها مالا في مقابل أن يخلي سبيلها .

والجواب أن الطلاق قد يكون ضاراً بالزوج في حالة يكون فيها جديراً بأن لا يلحقه الضرر ، فإذا وجد بها عيباً قبل الدخول ، وقلنا إن الزوج ليس له الحق في رد الزوجة بهذا العيب بل له الطلاق فقط ، فإن الطلاق قبل الدخول يثبت للزوجة الحق في نصف المهر ، فيغرم الزوج نصف المهر .

هذا من ناحية الطلاق ، وأما من ناحية الخلع ، فإن المرأة قد لا ترضى بالخلع .

وقد يقال : إن في إعطاء كل من الزوجين الحق في التفريق إذا وجد

بصاحبه عيبا من هذه العيوب تشهيرا بمن به هذا العيب، وإيذاء له .

والجواب أن إخفاء العيب من أقبح ألوان التدليس والغش ، وهذا يتنافى مع أحكام الشريعة ، وثبوت الخيار لأحد الزوجين إذا وجد بصاحبه عيبا من هذه العيوب لا يستلزم التشهير والإيذاء إلا إذا حصل العناد ممن به هذا العيب ، وحينئذ فإنه يكون هو الذى جنى على نفسه بالإيذاء والتشهير(١) .

وقد يقال : إن الشخص إذا أصيب بمرض من الأمراض المنفرة ، أو المعدية لا يفارقه أهله وأقاربه ، فلماذا لا يطالب الزوجان بأن يسلكا نفس هذا السلوك .

والجواب أن هناك فارقا بين العلاقة بين الأقارب والعلاقة بين الزوجين من ثلاث نواح .

الناحية الأولى : أن العلاقة بين الأقارب ليست مبنية على عقد من العقود ، بل هى أقوى من ذلك وأوثق . وأما العلاقة بين الزوجين فهى مبنية على عقد الزواج ، صحيح أن هذا العقد قد بينت الشريعة خطره وعظمته وسمو شأنه لكنه فى النهاية لا يعدو أن يكون عقدا من العقود .

الناحية الثانية : أن العلاقة بين الأقارب ليست مبنية على الاختيار ، فكل من الأقارب لم يخيره الشرع فى أن يكون قريبا لهذا أو لا ، والعلاقة بين الزوجين فى الأصل مبنية على الاختيار ، فكل من الزوجين ، سواء أكان الزوج أو الزوجة قد أعطاه الشرع الحق فى أن لا يتزوج الآخر إلا باختياره ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «الثيب أحق بنفسها من وليها،

---

(١) فسخ العقد فى الشريعة الإسلامية لعلى أحمد مرعى ص٢٤٩ .

والبكر تستأمر وإذنها سكوتها(١) .

بل إن الحنفية والحسن البصرى ، وعمر بن عبد العزيز . وعطاء ، وطاوس ، والأوزاعى ، وغيرهم قد قالوا بأن البنت الصغيرة إذا زوجها غير أبيها وجدها ثم بلغت فإن لها الخيار فى فسخ عقد الزواج الذى لم يكن لها فيه رأى(٢) .

وقد ثبت أن الشرع أعطى الحق للجارية التى زوجها سيدها ثم أعتقها فى أن تختار بين المقام مع زوجها أو تفارقه ، فقد عتقت بريرة وهى متزوجة من مغيث . فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المفارقة والمقام معه ، فاختارت نفسها .

الناحية الثالثة : أن القرابة إذا نشأت لا تنتهى أبدا ، لا أثناء الحياة ولا بعد الممات . فالابن هو ابن فى الحياة وبعد الممات . والأب ، والأم ، والجد والعم . والإخوة . وكل قريب كذلك لا تنتهى علاقة القرابة بينهم أبدا .

وأما الزوجية ، فليس من اللازم أن تبقى فى الحياة ، ولا تبقى بعد الممات .

ليس من اللازم أن تبقى فى الحياة . لأن الشرع أعطى الحق للزوج فى أن يطلق زوجته ، وأعطى الشرع القاضى — كما يرى بعض العلماء — الحق فى التفريق بين الزوجين إذا أعسر الزوج بالنفقة . أو أضر الزوج بزوجته بالقول أو بالفعل ، أو إذا فقد الزوج .

ولا تبقى الزوجية بعد الموت . ولذلك لا يجوز للزوج أن يجامع زوجته بعد موتها . وقد صرح العلماء بأن عقد الزواج ينتهى بنهاية العمر .

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ١١٩

(٢) المغنى جـ ٧ ص ٤١

آراء العلماء فى الخيار الثابت لكل من الزوجين فى الفرقة إذا وجد بصاحبه عيبا . هل هو على الفور ، أم على التراخى ؟

الخيار فى العيب على الفور أم على التراخى ؟

اختلف العلماء فى خيار العيب ، هل هو على الفور ، أو على التراخى ؟ فيرى الشافعيـة ، والإمامية أن الخيار فى الفسخ بالعيوب — إذا ثبتت — يكون على الفور(١) ، ومعنى كونه على الفور أن المطالبة والرفع إلى الحاكم يكونان على الفور ، ولا يتنـافى هذا مع كون العنين تضرب له مدة ، فإن العنة تتحقق بعد مضى السنة التى تضرب للعنين ، ويؤمر العنين بأن يبادر إلى الفسخ بعد تحقق العنة .

وبين الشافعية أنه لو ادعى أحد الزوجين أنه يجهل أن الخيار فى الفسخ بالعيوب على الفور . فإنه يقبـل قوله ، لأن ذلك يخفى على كثير من الناس . ولو قال : أحد الزوجين علمت بعيب الآخر ، ولكنى أجهل أن لى الخيار ، يقبل قوله بيمينه إن أمكن ذلك وإلا فلا .

وما دام الخيار فى الفسخ بالعيوب على الفور ، فإنه إذا علم أحد الزوجين بعيب صاحبه وأخر الفسخ مع إمكانه بطل خياره ، وذلك لأنه خيار الرد بالعيب ؛ وخيار الرد بالعيب يكون على الفور ، كما هو الحـكم فى رد المبيع إذا علم المشترى فيه عيبا .

وقد استثنى الشافعية من هذا الحـكم الزوجة إذا علمت قبل عقد الزواج أن زوجها عنين ؛ فإن لها الخيار بعد العقد كما هو المذهب عند الشافعية ، وعللوا هـذا بأن العنة تحصل فى حق امرأة دون أخرى ؛ وتحدث فى زواج دون زواج ؛ أى قد لا يستطيع الرجل أن يطأ امرأة ، ويستطيـع أن يطأ أخرى .

---

(١) المختصر النافع ص ١٨٧ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٠٤ .

ويرى الحنفية وبعض الحنابلة أن خيار العيب ثابت على التراخى ، لا يسقط إلا إذا وجد منه ما يدل على أنه رضى بالعيب فى الزوج الآخر ، سواء أكان الرضا بالقول ، أو بالاستمتاع من الزوج بالمرأة المعيبة ، أو تمكين المرأة نفسها لزوجها المعيب .

وإذا كان الشافعية قد استثنوا من قولهم إن الخيار فى الفسخ بالعيب على الفور صورة ما إذا علمت المرأة أن زوجها عنين ، فإن الحنفية وبعض الحنابلة يرون أن المرأة إذا علمت أن زوجها عنين فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد ذلك ، ليست مستثناة بل هى متفقة مع مايرونه من أن الخيار فى الفسخ بالعيوب على التراخى ، فالمرأة فى هذه الصورة لها الحق فى طلب التفريق ، ولا يسقط حق المرأة فى طلب التفريق بتأخيرها المرافعة قبل السنة ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت ، لأن ذلك قد يكون للتجربة وأملا فى أن يستطيع الوصول إليها ، لا لكونها قد رضيت به ، فلا يبطل حقها فى التفريق بالشك .

وقد استند هذا الرأى إلى أن خيار العيب خيار يقصد منه أن يدفع ضررا متحققا ، فيكون على التراخى ، كما هو الحكم فى خيار القصاص .

ورد أصحاب هذا الرأى على ما استند إليه رأى الشافعية ومن معهم بأن هناك فرقا بين الخيار فى فسخ الزواج بالعيوب وخيار الرد فى البيع ، وهو أن ضرره فى المبيع غير متحقق ، وذلك لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ، والمالية أو الخدمة يمكن أن تحصل مع وجود العيب ، وأما الزواج فالمقصود منه الاستمتاع ، والاستمتاع يفوت بوجود العيب(١) .

---

(١) مغنى المحتاج جـ٣ صـ٢٠٤ . والمغنى جـ٧ صـ٥٨٤ ، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد مع المغنى جـ٧ صـ٥٨١ ، وحاشية ابن عابدين جـ٢ صـ٦١٢ .

هل إنهاء الزواج بالعيوب فسخ أم طلاق ؟

قبل أن نبين ما يراه العلماء فى إنها الزواج بالعيوب هل هى فسخ أو طلاق ، نحب أن نوضح معنى كل من الطلاق والفسخ فى اللغة واصطلاح الفقهاء .

معنى الطلاق فى اللغة العربية

ورد استعمال الطلاق فى اللغة بمعنى حل العقد والانحلال ، فيقال : أطلقت الأسير أى حللت إساره ، وأطلقت القول أى أرسلته من غير قيد ولا شرط ، وأطلقت البينة أى شهدت من غير تقييد بتاريخ معين. وأطلقت الناقة من عقالها . ويقال : ناقة طالق أى هى مرسلة ترعى حيث شاءت ، ويقال : طلقت الناقة طلوقا أى انحل وثاقها(١) .

معنى الطلاق فى اصطلاح الفقهاء

وأما معناه فى اصطلاح الفقهاء فقد عرفه بعضهم بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ، وعرفه النووى بأنه تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح(٢) .

معنى الفسخ فى اللغة

استعملت كلمة الفسخ فى لغة العرب فى معان متعددة ، فقد استعملوها فى الإزالة ، كما تقول : فسخت العود فسخا إذا أردت أنك أزلته عن موضعه بيدك ، وفسخت المفصل عن موضعه وتريد أنك أزلته . واستعملوها فى

---

(١) المصباح ، مادة « طلق » .

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٧٩

لقاء ، كما تقول : فسخت الثوب أى ألقيته ،واستعملوها فى الرفع ، كاتقول: فسخت العقد أى رفعته ، وإذا قيل تفاسخ القوم العقد أى توافقوا على فسخه ، واستعملوها فى النقض كما تقول : فسخت البيع أو فسخت الأمر، وتريد أنك نقضت البيع أو نقضت الأمر ، واستعملوها فى التفريق ، فتقول : فسخت الشيء وتريد أنك فرقته ،واستعملوها فى الفساد كأن تقول: فسخ الرأى أى فسد الرأى[1] .

معنى الفسخ فى اصطلاح الفقهاء

إذا أردنا أن نبحث عن معنى كلمة الفسخ فى اصطلاح الفقهاء فإننا لن نجد لها تعريفا إلا فى القليل من المصادر الفقهية ، وذلك لأن معظم كتب الفقه الإسلامى لم تتعرض لتعريف الفسخ مع أنها بينت فى أبواب الفقه المختلفة الأحكام التى تسمى فسخا والأحكام التى لا تسمى فسخا ، بل تسمى باسم آخر كالطلاق أو بطلان العقد أو غير ذلك .

ومن المصادر الفقهية القليلة التى تعرضت لبيان معنى كلمة الفسخ ، بدائع الصنائع للكاسانى أحد كبار علماء الحنفية ، فقد عرفه بأنه رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن[2] .

ومن هذه المصادر أيضا كتاب المغنى لابن قدامة أحد كبار فقهاء الحنابلة ، فقد عرف الفسخ بأنه رفع العقد[3] .

وعرفه أيضا ابن السبكى أحد علماء الشافعية بأنه حل ارتباط العقد[4] ،

---

(١) المصباح المنير ، مادة « فسخ » .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٥٥٦

(٣) المغنى ج ٣ ص ٥٩١

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٣

وبنفس هذا التعريف عرفه ابن نجيم الحنفى فى كتابه الأشباه والنظا ٠ أيضا(١) .

هذه هى بعض تعاريف القدامى للفسخ، وأما المحدثون فقد عرفه بعضهم بأنه : نقض الحكم الناشيء عن العقد القابل لذلك(٢) ، والمراد بالنقض فك العقدة المبرمة بين العاقدين فى العقود اللازمة ، أو تحرر العاقد مما التزم به فى العقود الجائزة .

والمراد بالحكم الأثر المترتب على العقد ، وبإضافة كلمة « نقض » إلى كلمة « الحكم » خرج نقض ماعدا ذلك مثل نقض البناء أو غيره .

وكلمة « الناشيء » صفة للحكم الذى ينصب عليه الفسخ ، وكلمة « القابل » صفة للعقد وهى لبيان أن بعض العقود — كعقد الزواج عند الحنفية — لا يقبل الفسخ ، ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه يحتمل الفسخ ، وكعقد الحوالة فإنها لا تحتمل الفسخ عند الشافعية وكما هو المعتمد عند الحنابلة ، ويرى الحنفية وكثير من الفقهاء أنها من العقود التى تحتمل الفسخ(٣) .

هذا تعريف للفسخ عند بعض الباحثين المحدثين ، وعرفه البعض الآخر منهم بأنه : إنهاء العقد الصحيح ، ناتج عن شرط أدرجه المتعاقدان فى العقد ، أو شرط افترضه الشارع ، أو ناشيء عن استحالة تنفيذ الالتزام(٤) .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨

(٢) لدكتور على مرعى فى رسالته فسخ العقد فى الشريعة الإسلامية ص ٣٢ مكتوبة بالآلة الضاربة .

(٣) المصدر السابق ص ٣٢ ، ص ٤٩

(٤) هذا التعريف للباحث على حسن الذنون فى بحثه : النظرية العامة =

ولم يرتض بعض الباحثين(٥) هذا التعريف وضعفه بأمرين :

الأمر الأول : أنه استعمل فى التعريف إحدى الكلمات المشتركة ،أى التى لها أكثر من معنى ، وهذه الكلمة المشتركة التى استعملها فى التعريف هى كلمة « إنهاء » وذلك لأن كلمة « إنهاء » لها أكثر من معنى ، فقد تستعمل بمعنى الإبلاغ والإعلام ،كأن تقول : أنهيت الأمر إلى الحاكم ، تريد أنك أعلمته به ،وقد تستعمل ويراد بها ضد الأمر، كأن تقول : أنا أنهاه عن الشىء وتريد أنك تطلب منه أن لا يفعله .

والكلمات المشتركة أى التى لها أكثر من معنى لا يصح أن تكون داخلة فى تعريف أى شىء من الأشياء ، لأنه يشترط فى التعريف أن يكون أوضح وأجلى من الحقيقة التى نريد أن نعرفها ،لأن المقصود من التعريف أن يفيدنا تصور حقيقة الشىء المعرف ، فإذا كان التعريف مشتملا على لفظ من الألفاظ المشتركة لم يؤد إلى تصور حقيقة الشىء المعرف ، لأن المشترك لا يتبين منه المعنى المراد من المعانى التى وضع لها .

الأمر الثانى : أن هذا التعريف غير جامع ،وبيان ذلك أنه من المعروف فى علم المنطق أنه يشترط فى التعريف أن يكون مساويا للشىء المراد تعريفه فى الصدق ، بمعنى أن كل ما يصدق عليه التعريف تصدق عليه الحقيقة المعرفة، وكل ما تصدق عليه الحقيقة المعرفة يصدق عليه التعريف .

ويلزم على هذا الشرط أمران :

= للفسخ فى الفقه الإسلامى والقانون ، نقلته عن فسخ العقد فى الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه لعلى مرعى مكتوبة بالآلة الضاربة ص ٣١

(١) الدكتور على مرعى فى رسالته فسخ العقد فى الشريعة الإسلامية ص ٣٢

أحدهما : أنه لا بد من أن يكون التعريف مطردا . أي كلما وجد التعريف وجدت الحقيقة التي عرفناها ، فلا يدخل في التعريف شيء من أفراد غير الحقيقة التي عرفناها ، فيكون التعريف مانعا .

ثانيهما : أن يكون التعريف منعكسا ، أي كلما وجدت الحقيقة التي عرفناها وجد التعريف ، فلا يخرج عن التعريف أي شيء من أفراد الحقيقة التي عرفناها ، فيكون التعريف جامعا .

وإذا نظرنا إلى تعريف الفسخ بأنه «إنهاء العقد الصحيح ناتج عن شرط أدرجه المتعاقدان في العقد ، أو شرط افترضه الشارع ، أو ناشيء عن استحالة تنفيذ الالتزام » فإننا نجد أن هذا التعريف للفسخ غير جامع ، وذلك لأنه لا يشمل فسخ كثير من العقود ، كفسخ العقد الفاسد ، وفسخ العقود الجائزة بطبيعتها مثل الوكالة ، فإن الفسخ يرد على هذه العقود ولو لم يتحقق فيها ما أشار إليه صاحب هذا التعريف .

هذا ما اعترض به بعض الباحثين على هذا التعريف للفسخ ، ونحن نرى أنه لا يصح الاعتراض على هذا التعريف بهذين الأمرين .

أما الأمر الأول ، وهو الاعتراض على هذا التعريف بأنه استعمل فيه إحدى الكلمات المشتركة ، فلأن علماء المنطق عندما بينوا أنه لا يجوز التعريف بالمشترك اللفظي قيدوا هذا بما إذا لم يتبين المراد من معانيه ، أي لا يجوز التعريف بالمشترك اللفظي الذي لم يتبين المراد من معانيه ، كما إذا أردنا أن نعرف الجاسوس مثلا فقلنا في التعريف إنه عين ، فكلمة « عين » من الكلمات المشتركة ، أي التي لها عدة معان ، فمن معانيها : الذهب ، فيقال للذهب : عين ، وكذلك يقال للباصرة : عين ، ويقال للتي ينبع منها الماء في الأرض : عين ، ويقال للشمس : عين ، وللجاسوس : عين .

وأما إذا وجدت قرينة تبين المراد من الكلمة المشتركة ، أو كان المراد كل المعانى التى استعملت فيها الكلمة ، فإن التعريف حينئذ يكون صحيحا ، ومثال التعريف بالمشترك الذى وجدت معه قرينة بينت المراد بالكلمة المشتركة أن تعرف الجاسوس فتقول إنه عين ينقل كلامنا للأعداء ، ومثال التعريف بالمشترك الذى أريد به كل المعانى التى استعملت فيها الكلمة المشتركة أن تعرف القضية فتقول إنها قول يحتمل الصدق والكذب لذاته ، فإن كلمة « قول » التى وردت فى تعريف القضية مشترك بين الملفوظ والمعقول ، ومع أنها من الألفاظ المشتركة فإنه يجوز أن تأتى فى التعريف ، لأن المراد به كل من الملفوظ والمعقول .

فوجود قرينة بينت المراد من اللفظ المشترك يجعل التعريف باللفظ المشترك صحيحا ، وقد وجدت قرينة فى تعريف الفسخ بأنه إنهاء العقد الصحيح .. الخ ، وذلك لأن كلمة « إنهاء » بإضافتها للعقد الصحيح قد أفادت أنه ليس المراد منها معانى الإبلاغ والإعلام وضد الأمر بل المراد رفع الحكم استمرار العقد الصحيح .

وأما بيان أنه لا يصح كذلك الاعتراض على هذا التعريف بالأمر الثانى وهو أن هذا التعريف غير جامع لأنه لا يشمل فسخ العقد الفاسد ، وفسخ العقود الجائزة بطبيعتها كالوكالة ، فإننا نقول إن كون الفسخ يرد على العقود الفاسدة ليس محل إجماع بين العلماء ، ولذلك نجد الخلاف فيما إذا تزوجت امرأة تزويجا فاسدا ، هل يجوز تزويجها لرجل آخر غير الذى تزوجها من غير حاجة إلى طلاق منـــه أو فسخ ، أو لا بد من أن يطلقها أو بفسخ زواجها ؟ فالشافعى مثلا يرى أنه لاحاجة إلى فسخ ولا طلاق ، وذلك لأنه زواج لم ينعقد أصلا ، فكان أشبه بما لو تزوجت المرأة وهى فى مدة العدة فلا تحتاج إلى طلاق ولا إلى فسخ .

وأما أحمد بن حنبل فيرى أنه لابد من الطلاق أو الفسخ لكى يصح

تزويجها رجلا آخر غير الذى تزوجها زواجا فاسدا ، وإذا امتنع الذى تزوجها زواجا فاسدا من طلاقها فسخ الحاكم زواجه .

وقد استند هذا الرأى إلى أمرين :

الأمر الأول : أن هذا الزواج زواج يسوغ فيه الاجتهاد ، فكان لذلك محتاجا فى التفريق فيه بين الزوجين إلى إيقاع فرقة بينهما . وذلك مثل الزواج الصحيح الذى اختلف فيه العلماء .

الأمر الثانى : أن تزويج هذه المرأة لرجل آخر من غير تفريق يؤدى إلى أن يتسلط عليها زوجان ، كل واحد منهما يعتقد أن زواجه هو الصحيح وأن زواج الآخر هو الفاسد (١) .

وبيان أنه لا يصح الاعتراض على هذا التعريف من ناحية أنه لا يشمل فسخ العقود الجائزة بطبيعتها كعقد الوكالة . فإننا نقول إنه يمكن أن يكون تعريف الفسخ المذكور شاملا للوكالة بقول صاحب التعريف : « أو شرط اقترضه الشارع » وذلك لأن من الأحكام الشرعية للوكالة أنها جائزة من الجانبين: جانب الموكل وجانب الوكيل ، فأحد الشروط الشرعية لاستمرار الوكالة رضا الجانبين ، فإذا زال الرضا من أى جانب من الجانبين فسخ عقد الوكالة ، فقد يرى الموكل أن مصلحته تقتضى أن يترك ما وكل فيه . أو أن مصلحته تقضى توكيل وكيل آخر غير الوكيل الحالى . فإذا ما ألزم بالاستمرار فى هذه الوكالة فقد يؤدى إلى إلحاق الضرر به ، والضرر ممنوع فى الشريعة الإسلامية ، قال رسول صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار » .

وكذلك قد يكون إلزام الوكيل بالاستمرار فى الوكالة ضارا به ، لأنه قد لا يتيسر له أن يتفرغ للعمل الذى وكل فيه ، والضرر ممنوع(٢) .

---

(١) المغنى حـ٧ صـ٣٤٢ ، ٣٤٣

(٢) مغنى المحتاج حـ٢ صـ٢٣١ ، ٢٣٢

هل إنهاء الزواج بالعيوب فسخ أم طلاق ؟

اختلف العلماء فى الفرقة بين الزوجين بالعيوب التى تمنع الاستمتاع هل تعد تطليقة ، أو هى فسخ لعقد الزواج على رأيين :

الرأى الأول ودليله

تفريق الحاكم بين الزوجين بالعيوب هو طلاق بائن ، وهذا مايراه مالك ، وأبو حنيفة ، والثورى ، وغيرهم(١) .

وقد استند هذا الرأى إلى أن هذه الفرقة حدثت لعدم حصول الوطء فتكون طلاقا ،كما هو الحال فى فرقة الإيلاء(٢) .

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٧١ ، وفتح القدير ج ٣ ص٢٦٤ ، والمغنى ج ٧ ص ٦

(٢) الإيلاء معناه فى اللغة : الحلف ، قال الشاعر .

وأكذب ما يكون أبو المثنى　　إذا آلى يمينا بالطلاق

وقال الآخر .

قليل الألايا ، حافظ ليمينه　　وإن بدرت منه الألية برت

وأما معناه فى الاصطلاح عند الشافعية فهو : حلف زوج يصح طلاقه على امتناعه من وطء زوجته امتناعا مطلقا غير مقيد بمدة ، أو فوق أربعة أشهر .

وعرفه الحنفية بأنه : اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مخصوصة .

فإذا حلف الزوج أن لا يطأ زوجته مطلقا أو مدة أربعة أشهر عند الحنفية — وعند الشافعية مدة تزيد على أربعة أشهر ، فالزوج حينئذ يسمى موليا ، وقد بين القرآن الحكم فى ذلك فقال تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » . =

وقد علل الحنفية لكون هذه الطلقة بائنة - مع ملاحظة أنهم يقصرون حق التفريق بالعيب على المرأة، فالرجل لا يحق له أن يرد المرأة بأى عيب عندهم - علل لكون الطلقة بائنة بأن الغرض من التفريق بين الزوجين هنا هو أن

=والحكم عند الحنفية - فهمانهم للآيتين السابقتين - أن الزوج إن قرب زوجته فى الأربعة الأشهر حنث فى يمينه وعليه كفارة الحنث فى اليمين، وبطل الإيلاء، وإن لم يقربها واستمر فى هجره لها ومضت أربعة أشهر طلقت منه بحكم الشرع طلاقا بائنا من غير حاجة إلى أن يطلقها الزوج أو القاضى، والطلاق هنا طلاق بائن، فلا يصح له أن يراجعها فى العدة إلا بعقد ومهر جديدين، جزاء له على ظلم زوجته ومنعها مما هو حق لها، وأما إذا اتصل جنسيا بها قبل أن تمضى الأشهر الأربعة فلا يجب على الزوج طلاق، وإنما يجب عليه أن يكفر عن يمينه إن كان أقسم بالله تعالى.

وأما الشافعية فيرون - حسب فهمهم للآيتين - أنه يؤجل بعد طلب الزوجة أربعة أشهر، ثم يخير الزوج - بطلب المرأة - بين الوطء ويكفر عن يمينه. أو الطلاق، فإذا امتنع أن يفعل واحدا من الوطء والطلاق، طلق عليه الحاكم طلقة نيابة عنه، لأنه لا سبيل إلى دوام الضرر للزوجة، ولا يمكن إجباره على الوطء، لأن ذلك لا يدخل تحت الإجبار، والطلاق يقبل أن ينوب شخص عن الزوج فى إيقاعه، فناب الحاكم عن الزوج فى حالة الامتناع عن إيقاع الطلاق، فيقول الحاكم أو القاضى: أوقعت على فلانة عن فلان طلقة، أو حكمت عليه فى زوجته بطلقة.

هذا، وقد كان الإيلاء فى الجاهلية قبل ظهور الإسلام من الأمور الشائعة وكان الرجل منهم يحلف أن لا يقرب زوجته أى مدة يراها إيذاء لزوجته، فلما جاء الإسلام أنصف المرأة ورفع عنها هذا الظلم، انظر الاختيار لتعليل المختار حـ ٣ ص ٢١٢ والإقناع فى حل ألفاظ إبى شجاع ص ٨٨، ٨٩

تتخلص المرأة من زوجها الذى لا يتوقع منه أن يوفيها حقها ، حتى ندفع الظلم والضرر عنها ، وهذا لا يحصل إلا إذا كان الطلاق بائنا ، أى كان طلاقا لا يحق للرجل أن يراجعها فى مدة العدة من غير رضاها ، لأن لو كان طلاقا رجعيا لكان من الجائز أن يراجع الزوج زوجته فى العدة من غير رضاها ، فيحتاج إلى التفريق ثانيا وثالثا ، فلا يتحقق للتفريق بينهما الفائدة المطلوبة منه

وقد بين فقهاء الحنفية أن عقد الزواج — بعد تمامه — لا يقبل الفسخ عندهم ، وأما قبل تمام العقد فيقبل الفسخ ، كما فى خيار البلوغ ، وخيار العتق »(١) .

---

(١) نحب هنا أن نوضح معنى خيار البلوغ ، وخيار العتق ، فنقول : يجوز لولى الصغير والصغيرة أن يزوجهما ، بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها وهى بنت سبع سنين ، ودخل بها وهى بنت تسع سنين ، وعلى بن أبى طالب رضى الله عنه زوج ابنته أم كلثوم من عمر ابن الخطاب رضى الله عنه وهى صغيرة .

فإذا بلغ الصغير أو الصغيرة فهل يخير فى فسخ الزواج الذى حصل وهو صغير أو وهى صغيرة أم لا .

يرى الحنفية ، والحسن البصرى ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، وطاوس ، والأوزاعى ، وغيرهم أنه إذا كان الولى الذى زوج الصغير أو الصغيرة أبا أو جدا فلا يثبت الخيار لهما فى فسخ الزواج بعد البلوغ ، وذلك لوفور شفقة الأب والجد ، وشدة حرصهما على ما ينفع الولد والحفيد ، فكأن الأولاد والأحفاد قد باشروا عقد الزواج بأنفسهم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يخير عائشة رضى الله عنها فى فسخ الزواج حين بلغت .

وأما إذا كان الولى الذى زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد فلهما =

الرأى الثانى ودليله

تفريق الحاكم بين الزوجين بسبب العيوب فسخ وليس طلاقا ، وهذا الرأى هو مايراه الشافعى ،وأحمد بن حنبل ،والإمامية إحدى فرق الشيعة .

وقد استند هذا الرأى إلى إن حق التفريق إنما ثبت هنا من أجل

= الخيار بعد البلوغ ، إن شاءا أقاما على هذا الزواج ، وإن شاءا فسخاه .

ويرى أبو يوسف صاحب أبى حنيفة أنه لا خيار للصغير والصغيرة أيضا بعد البلوغ إذا زوجهما غير الأب والجد .

وهناك من العلماء من يرى أنه لا يزوج الصغيرة إلا الأب كالمالكية ، والحنابلة ، وأبوعبيد ، والثورى وابن أبى ليلى ، وابن حزم ، ومن العلماء من يرى أنه لا يزوج الصغيرة إلا الأب ، أو الجد عند عدم الأب ، أو عند عدم تحقق الأهلية فى الأب ، وهو ما يراه الشافعية .

هذا ما نريد أن نقوله توضيحا لخيار البلوغ .

وأما توضيحنا لخيار العتق فإننا نقول : يجوز لكل من العبد والجارية أن يتزوج بإذن السيد ، ولا يجوز إلا بإذن السيد ، واستدل لهذا بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة تزوجت بغير إذن مولاها فهى عاهرة » وما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » .

ويجوز للسيد أن يجبر العبد أو الجارية على الزواج ، فإذا أعتق السيد جاريته وأصبحت حرة فلها الخيار فى أن تستمر فى هذا الزواج الذى عقده لها سيدها أو تفسخه ، سواء أكان زوجها حرا أم عبدا ، واستدل على هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لبريرة حين أعتقت : « ملكت بضعك فاختارى » انظر المحلى ج ٩ ص ٥٦٠ ، والمغنى ج ٧ ص ٤١ ، ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ ، والاختيار لتعليل المختار ج ٣ ص ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٥١

وجود العيب المانع من الاستمتاع ، فيكون ذلك فسخا كسفخ المشترى لعقد البيع إذا وجد بالمبيع عيبا[1] .

هذه آراء العلماء فى نوع الفرقة بسبب عيب فى أحد الزوجين ، وعلى كلا الرأيين لو اتفق الزوجان — بعد الفرقة — على أن يرجعا للزواج ثانية ، فلا يصح إلا بعقد جديد ، وذلك لأن الزوجة قد بانت من الزوج وانفسخ الزواج .

ويجوز رجوعها للزواج من هذا الزوج مرة ثانية حتى لو كان ذلك قبل انتهاء العدة ، ولا تحتاج إلى أن تتزوج رجلا ثانيا .

الفرق بين الفسخ والطلاق

بعد أن بينا آراء العلماء فى الفرقة بين الزوجين بسبب العيب الذى يمنع الاستمتاع هل تعد فسخا أم طلاقا ، يحسن بنا هنا أن نبين الفرق بين الفسخ والطلاق .

تبين من تعريف الطلاق والفسخ اللذين ذكرناهما سابقا أن الطلاق والفسخ يشتركان فى أن كلا منهما يرفع حكم الزواج ويقطع عقد الزوجية ، ولكن مع ذلك فإن هناك عدة فروق بين الفسخ والطلاق نذكر لك أهمها :

الفرق الأول

أن الفرقة بين الزوجين بالطلاق تحسب من عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته فالزوج يملك على زوجته ثلاث طلقات ، فإذا طلقها المرة

(١) حاشية البجيرمى على شرح الخطيب جـ٣ ص٣٨٤، والمختصر النافع ص١٨٧ . والمغنى جـ٧ ض٦٠٥ .

(٢) حاشية البجيرى على شرح الخطيب جـ٣ ص ٣٨٤؛ والمختصر النافع ص١٨٧، والمغنى جـ٧ ٦٠٥

الثالثة فإنها لا تحل له بعد هذه الطلقة الثالثة إلا بعد أن تتزوج رجلا غيره ، ويدخل بها هذا الزوج الثانى ، ويطلقها ، وتنتهى عدتها منه ، ثم يعقد عليها الزوج الأول ، كل ذلك بدون أن يكون متفقا عليه ، وإلا كان هذا الزواج زواج المحلل ، وهو ممنوع بقوله صلى الله عليه وسلم: «لعن الله المحلل والمحلل له» ، وذلك لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لا يلعن إنسانا فعل شيئا جائزا فى الشرع ، فكون الرسول صلى الله عليه وسلم قد لعن المحلل والمحلل له ، فقد دل هذا على أن هذا الفعل لا يجوز .

فالفرقة بين الزوجين بالطلاق تحسب كما قلنا من الطلقات الثلاث التى يملكها الزوج على زوجته ، وأما الفرقة بالفسخ فلا تحسب عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

الفرق الثانى

أن الزوج إذا علم بوجود العيب فى الزوجة ، بعد أن عقد عليها وقبل أن يدخل بها ، ثم حكم له بالفرقة لوجود هذا العيب ، فعلى الرأى القائل بأن الفرقة هنا فسخ وليست طلاقا لا يلزمه شيء من المهر ، وأما إذا طلق الزوج زوجته قبل أن يدخل بها ، فإنه يلزمه نصف المهر ، لقول الله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ، إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح »(١) .

الفرق الثالث

بأن الزوج إذا وطىء زوجته ، ثم تبين أن بها عيبا ، وتم التفريق بين الزوجين ، فعلى الرأى القائل بأن هذه الفرقة فسخ فإنه يسقط المهر المسمى

---

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٣٧ .

أى المهر الذى اتفقا عليه ، فلا يطالب الزوج به ، وإنما يلزمه مهر المثل ، أى المهر الذى يرغب به الأزواج فى مثل هذه المرأة عادة، ومعنى أنه يلزمه مهر المثل أى وله أن يطالب بالزائد عن مهر المثل إن كان دفعه .

وأما إذا حدث طلاق بعد أن وطىء الزوج زوجته فإنه يلزمه المهر المسمى .

وهذا مايراه الشافعى، ويرى أحمد بن حنبل - مع أنه يتفق مع الشافعى فى كون الفرقة بالعيوب فسخا - أنه يجب على الزوج فى الفسخ بالعيوب بعد الدخول المهر المسمى ، أى الذى اتفقا عليه ، وتوجد رواية أخرى توافق مايراه الشافعى .

وأما الحنفية فيرون أن للزوجة المهر المسمى أى الذى اتفقا عليه كاملا، إذا حصل دخول أو خلوة ، لأنهم يرون أن الفرقة بالعيب طلاق وليست فسخا .

الفرق الرابع

يرى بعض العلماء أنه بناء على اعتبار الفرقة بالعيوب فسخا وليست طلاقا لا يثبت للزوجة نفقة حتى لو كانت حاملا .

وعلى هذا الرأى أيضا يتبين أحد الفروق بين الفسخ والطلاق ، لأن الطلاق يثبت للزوجة النفقة سواء كانت حاملا أو غير حامل(١) .

الفرق الخامس

أن الطلاق ليس محتاجا فى حصوله إلى سبب ، وأما الفسخ فلابد أن يكون له سبب .

---

(١) حاشية البجيرمى على شرح الخطيب، جـ ٣ ص ٣٨٤ ، والمغنى جـ ٧ ص ٥٨٦ ، وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٥ .

الفرق السادس

أن الطلاق ملك للزوج ، وقد ينتقل هذا الملك إلى شخص آخر باختيار الزوج أو بحكم الشرع من غير اختيار للزوج ، فمثال انتقاله إلى آخر باختيار الزوج توكيل الزوج لآخر فى طلاق زوجته فإن الوكالة فى الطلاق تصح .

ومثال انتقال ملك الطلاق من الزوج جبرا من غير اختيار له ، طلاق القاضى — عند بعض العلماء — للزوجة لإعسار زوجها بالنفقة وبعد أن رفض الزوج طلاقها ، فإن الحاكم أو القاضى منصوب لكى يدفع الضرر عن الناس، فإذا ما أعسر الزوج بنفقة الزوجة ورفض طلاقها فقد ألحق الضرر بها ، فيقوم القاضى بإيقاع الطلاق نائبا عن الزوج .

وأما الفسخ فيملكه كل من الزوجين كما هو الحال فى العيوب التى تمنع الاستمتاع ، فإن لكل من الزوجين الحق فى فسخ الزواج إذا وجد بالآخر عيبا يمنع الاستمتاع ، فليس ملكا خاصا بالزوج كالطلاق ، بل إن الفسخ قد يملكه غير الزوجين فى بعض الأحوال .

الفرق السابع

الطلاق إما أن يكون منجزا أو معلقا ، فقد يكون منجزا كما إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق ، وقد يكون معلقا كما إذا قال لها إن خرجت من المنزل فأنت طالق ، وأما الفسخ فلا يصح تعليقه .

الفرق الثامن

الطلاق بعد أن تحصل خلوة صحيحة بين الزوجين وقبل الدخول يوجب على المرأة أن تعتد عدة الطلاق عند جمهور العلماء خلافا للشافعى رضى الله عنه ، وكذلك الفسخ فى العقد الصحيح ، وأما الفسخ فى العقد الفاسد بعد الخلوة وقبل الدخول فلا يوجب على المرأة عدة خلافا للحنابلة .

الفرق التاسع

الطلاق ينقسم إلى قسمين : رجعي وبائن، فالرجعي هو الذي يملك الزوج فيه أن يراجع زوجته مادامت في العدة ، والبائن هو الذي لا يملك الزوج فيه أن يراجع زوجته في العدة إلا بعقد جديد .

وأما الفسخ فنوع واحد لا يملك الزوج فيه أن يراجع زوجته ، بل إن بعضه يجوز للزوج فيه إذا أراد العودة إلى زوجته ـ أن يعقد عليها عقدا جديدا ، وبعضه لا تحل فيه الزوجة لزوجها أبدا حتى لو تزوجت غيره(1).

وبعد ، فبهذا نأتي إلى نهاية الفصل الأول الذي عقدناه لبيان آراء العلماء في التفريق بالعيوب التي تمنع الاستمتاع ، وننتقل الآن إلى الفصل الثاني الذي خصصناه لبيان العيوب التي يقول بها جمهور العلماء ، وما يتصل بها من قضايا .

---

(1) فسخ العقد في الشريعة الإسلامية . رسالة دكتوراه لعلى أحمد مرعى ص ٨٨ ، ٨٩ .

الفصل الثاني

بيان العيوب المجيزة للتفريق وما يتصل بها من قضايا

ويشتمل على ما يأتى :

١ — العيوب عند المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية والأباضية
٢ — تأجيل العنين سنة للاختبار
٣ — إذ وطىء زوجته مرة
٤ — الوطء الذى يخرج بالزوج عن العنة .
٥ — إذا غاب أحد الزوجين ، أو حبس .
٦ — إن قطع ذكر العنين قبل انتهاء السنة .
٧ — إن وطئها فى الدبر .
٨ — إن وطئها وهى حائض .
٩ — إن ثبت أن العنين وطىء امرأة أخرى .
١٠ — إن كان العجز عن الوطء لأمر عارض .
١١ — اختلاف الزوجين فى حصول الوطء
١٢ — علم الزوجة وقت عقد الزواج بأن زوجها عنين
١٣ — إذا علمت بعد الدخول أنه عنين فسكتت ، ثم طالبت بالتفريق .
١٤ — اختلاف الزوجين فى وجود العيب .
١٥ — اختلاف الزوجين فى العلم بالعيب
١٦ — حدوث العيب بأحد الزوجين بعد عقد الزواج .
١٧ — تزويج الولى للصغيرة أو الصغير بمن به عيب .
١٨ — تزويج الولى للبالغة بمعيب بغير رضاها .

تبين من الفصل السابق أن جمهور العلماء من الصحابة ومن بعدهم ، ومنهم ومنهم المالكية ، والشافعية ، والحنابلة والزيدية إحدى فرق الشيعة ، والإمامية إحدى فرقهم أيضا ، والأباضية إحدى فرق الخوارج ، يرون أن حق التفريق بين الزوجين ثابت لكل منهما إذا وجد بالآخر عيوبا خاصة ، ولما كان أصحاب هذا الرأي مختلفين في تفصيل العيوب التي تجيز التفريق لكل من الزوجين ، فإننا سنخصص هذا الفصل لبيان العيوب التي تجيز التفريق عند كل من أصحاب الرأي ، وسنتعرض لبيان بعض القضايا التي نراها متصلة بهذه العيوب ، وإليك ما نريد أن نقوله في هذا .

أولا : العيوب عند المالكية

العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين عند المالكية ثلاثة عشر عيبا ، يشترك الزوجان في أربعة منها ، وتختص المرأة بخمسة ، ويختص الرجل بأربعة ، وسنذكر العيوب التي يشترك الزوجان فيها ، ثم نذكر العيوب التي تختص بها المرأة ، ثم بعدها نذكر العيوب التي تختص بالرجل .

العيوب التي يشترك الزوجان فيها

العيوب الأربعة التي يشترك الزوجان فيها ، هي : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والعذيطة .

فالجنون هو زوال الشعور من القلب ، مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء ، والجنون القديم أي السابق على عقد الزواج ، سواء أكان بصرع ، أو وسواس ، يثبت حق التفريق لكل من الزوجين إذا وجد هذا العيب بالآخر باتفاق علماء المالكية قبل الدخول أو بعده .

وأما إذا حدث الجنون بعد العقد ففيه أربعة طرق :

الطريق الأول : لأبي الحسن وهو أنه يثبت حق التفريق مطلقا ،

أى سواء أكان الجنون بالرجل أو بالمرأة ، وسواء حدث بعد الدخول أو قبله .

الطريق الثانى : لأشهب ، وهو أنه لا يثبت حق التفريق مطلقا .

الطريق الثالث : قول ابن القاسم وروايته، وهو أنه يثبت حق التفريق للزوجة إذا حدث الجنون بالزوج ، ولا يثبت حق التفريق للزوج إذا حدث الجنون بالزوجة .

الطريق الرابع : للمتيطى وهو أن الجنون إذا حدث قبل الدخول ثبت للزوجة حق التفريق بهذا العيب ، وأما إذا حدث بعد الدخول فلا يثبت لها حق التفريق .

والمعتمد عند المالكية هو قول ابن القاسم .

ويحسن بنا أن نبين أن محل الخلاف هنا هو فى جنون من تأمن زوجته أذاه ، وأما إذا كان أذى المجنون غير مأمون، فإنه بالاتفاق بين المالكية يثبت لها حق التفريق سواء أكان الجنون قد حدث بالزوج قبل الدخول أو بعده .

هذا وقد بين المالكية أن الجنون يثبت حق التفريق حتى لو كان يحدث مرة فى الشهر ، لأن النفس تنفر وتخاف منه ، وقد يفضى إلى الجناية ، فإذا كان أحد الزوجين مجنونا فقد يؤدى ذلك إلى الجناية على الآخر بالقتل أو نحوه .

والجنون الذى يحصل مرة فى الشهر يثبت حق التفريق إذا كان يحصل منه إضرار من ضرب او إفساد شىء ، وأما الذى يطرح بالأرض ويفيق من غير أن يحدث منه إضرار أو إفساد فلا يثبت به حق التفريق .

والجذام كذلك ، يثبت به حق التفريق لكل من الزوجين ، بشرط أن يكون محققا لا مشكوكا فى كونه جذاما. وهو علة يحمر منها الوجه ثم يسود، ثم يتقطع . أى يتشقق مع الاتصال بالبدن ، ثم يتناثر ، أى يتساقط مع

الانفصال عن البدن . ويمكن أن يحدث ذلك فى عضو من أعضاء الإنسان لكن حدوثه فى الوجه أغلب .

وبين أن المالكية أن أبا أحد الزوجين أو أمه إذا كان مريضا بهذا المرض فإنه لايثبت بذلك حق التفريق للطرف الآخر .

ويثبت الحق فى التفريق للمرأة إذا وجد الجذام فى الرجل ولو كان يسيرا ، سواء أكان قبل العقد أو حدث بعده .

وأما الرجل فيثبت له حق التفريق إن كان قبل العقد ، سواء أكان قليلا أم كثيرا ،وأما إن كان حادثا بعد العقد فلا يثبت له حق التفريق سواء أكان قليلا أم كثيرا .

والبرص أيضا يثبت حق التفريق لكل من الزوجين إذا وجده بالآخر وهو بياض فى الجلد يذهب دم الجلد وماتحته من اللحم (١) :

وهذا المرض إما أن يكون قديما قبل عقد الزواج أوحدث بعد العقد ، فإن كان قديما قبل العقد ، فإما أن يكون بالمرأة أو بالرجل ،فإن كان بالمرأة فقد اتفق المالكية على ثبوت حق التفريق للرجل ، سواء أكان يسيرا أم كثيرا ، وأما إن كان بالرجل . فقد اتفقوا على ثبوت حق التفريق للمرأة إذا كان كثيرا . وأما إذا كان يسيرا ففيه رأيان عندهم .

وأما إن كان هذا المرض حادثا بعد عقد الزواج ، فهو أيضا إما أن

---

(١) قال البجيرمى فى حاشيته مبينا طريقة لعلاج هذا المرض : ومما جرب له أن يؤخذ ماء الورد ويطلى به ثلاثة أيام فإنه يبرأ بإذن الله تعالى ، حاشية البجيرمى جـ ٢ ص ١٣٥

يكون بالرجل أو بالمرأة ، وفى كل إما أن يكون يسيرا أو كثيرا .

فإن كان يسيرا فقد اتفق المالكية على أنة لايثبت حق التفريق لأى من الزوجين .

وأما إن كان كثيرا ، فإما أن يكون قد حدث فى الرجل أو فى المرأة ، فإن كان قد حدث فى الرجل فقد اختلفوا فيه هل يثبت حق التفريق للمرأة أم لا ، على رأيين ، أرجحهما أنه يثبت حق التفريق للمرأة

وأما إن كان قد حدث فى المرأة فيبين المالكية أنه مصيبة نزلت بالرجل، أى فليس له حق التفريق . لأنه قادر على أن يفارقها بالطلاق إن تضرر من وجود هذا المرض بزوجته، لأن العصمة بيده بخلاف المرأة ، ولهذا ثبت لها الحق فى التفريق .

وصرح المالكية بأنه إذا وجد أحد هذه الأمراض الثلاثة السابقة ، وهى الجنون ، والجذام ، والبرص ، فى أحد الزوجين وجب تأجيله سنة كاملة لكى يتداوى منها ، إذا كان يرجى شفاؤه منها ، وأما إذا كان غير مرجو الشفاء فلا يؤجل لأنه لافائدة فى التأجيل .(١)

والعذيطة أيضا — كما ذكرنا — من العيوب المشتركة بين الزوجين عند المالكية ، وهى - بفتح العين أو كسرها . وسكون الذال، وفتح الياء والطاء - مرض يؤدى إلى خروج حدث - من بول أو غائط - عند الجماع ، ويقال للرجل المريض بهذا المرض عذيوط - بكسر العين وفتح الياء وإسكان الواو ، ويقال للمرأة المريضة به عذيوطة .(٢)

ويثبت به حق التفريق لأى من الزوجين إذا كان هذا العيب فى الزوج

---

(١) الشرح الصغير ج٢ ص ٢٦٩

(٢) المصباح المنير ، مادة : «غذط »

الآخر قديما قبل عقد الزواج ، أو كان مشكوكا فيه هل كان قديما قبل العقد أو حدث بعده ، وأما إذا تحقق حدوثه بعد عقد الزواج فلا يثبت حق التفريق للزوج الآخر

وقد بين المالكية أنهم متفقون على أن حق التفريق لا يثبت لأى من الزوجين إذا كان بالآخر عيب خروج الريح .

وأما التبول فى الفراش فقد اختلفوا فيه ، والرأى الراجح عندهم أنه لا يثبت حق التفريق للزوج الآخر .

وكذلك لا يثبت حق التفريق عندهم لأى من الزوجين إذا كان الآخر مريضا بكثرة القيام للبول إلا إذا كان قد شرط ذلك .

هذه هى العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة عند المالكية .

وقد بين المالكية أن العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة إن كانت قبل عقد الزواج ثبت لكل من الزوجين حق التفريق .

وأما إن كانت قد وجدت بعد العقد،فإن الزوجة وحدها هى التى يثبت لها حق التفريق ، ولا يثبت للزوج حق التفريق،لأنه قادر على أن يفارقها بالطلاق إن تضرر من هذا العيب ، لأن الطلاق بيده لا بيد الزوجة.ولهذا ثبت لها حق التفريق .

العيوب التى تختص بها المرأة عند المالكية

تختص المرأة بخمسة عيوب ، يحق للرجل أن يطلب التفريق إذا وجد بها عيبا منها ، وهى الرتق ، والقرن ، والعفل ، والإفضاء والبخر .

أما الرتق - بفتح الراء والتاء - فقد فسره المالكية بأنه انسداد مسلك الذكر من فرج المرأة ، بحيث لا يمكن معه الجماع، وتارة يكون هذا الانسداد بلحم وتارة يكون بعظم .

وصرح المالكية بأن الرتقاء وغيرها من ذوات داء الفرج إذا طلب زوجها ردها ، وطلبت أن تتداوى مما بها من الرتق أو غيره من داء الفرج فإنها تؤجل للتداوى مدة يجتهد القاضى فى تحديدها، وليس من حق الزوج أن يمنعها من التداوى وردها حالا لأهلها، بل يلزمه أن يصبر المدة اللازمة لعلاجها، فإذا انتهت المدة المحددة لعلاجها ، ولم تبرأ من الرتق أو غيره من داء الفرج فإن الزوج مخير حينئذ بين إبقائها فى عصمته أو ردها إلى أهلها بهذا العيب

وقال المالكية إن الظاهر أن الذى يلزم بثمن الدواء هو المرأة، لأن عليها أن تمكن زوجها من أن يستمتع بها ، واستمتاع زوجها بها متوقف على إزالة ما فيها من رتق أو غيره من داء الفرج

وقالوا أيضا إن نفقة الزوجة فى المدة التى حددت للعلاج يلزم الزوج بها لأنه وإن كان لا يستطيع أن يستمتع بها بالجماع ، فإنه يستطيع أن يستمتع بها استمتاعات أخرى ، كالتقبيل ، والاحتضان . والتفخيذ وغير ذلك .

والمشهور عند المالكية أن المدة اللازمة للعلاج غير محددة بل متروكة لاجتهاد القاضى ، وقيل يضرب لها شهران .

واشترط المالكية فى التأجيل للتداوى إذا طلبته المرأة وطلب الرجل

ردها ، أن يكون شفاؤها مرجوا بلاضرر يصيبها نتيجة لهذا التداوى ، فإن كان يحصل بعد التداوى عيب فى المرأة فلا تجاب لما طلبته من التأجيل إلا إذا رضى بذلك .

ولا تجبر المرأة على الدواء إن امتنعت بعد أن طلبه الزوج إن كان الداء من أصل الخلقة ، لأن طبيعة القطع فى مثل هذا تؤدى إلى حدوث شدة الضرر فلا تجبر على ذلك سواء أكان يحصل بعده عيب أم لا .

فإن لم يكن الرتق خلقة بأن كان عارضا بصنع صانع . كما لو ختنت الصبية والتف فخذاها على بعض والتحم اللحم ، فنى هذه الحالة تجبر على إزالة هذا العيب إن طلب الزوج ذلك(١) .

وقد بين المالكية أن الصور فى هذه الناحية ثمانية صور ، لأن الداء إما أن يكون خلقة أو عارضا ، وفى كل منهما إما أن تطلب الزوجة التداوى منه ويأبى الزوج ، أو يطلبه الزوج وتأباه الزوجة ، وفى كل منها إما أن يترتب على التداوى عيب أو لا .

فإن كان الداء خلقة وطلبت الزوجة أن تتداوى منه وأبى الزوج أجيبت الزوجة لما طلبته بشرط أن لا يترتب على التداوى عيب .

فإن كان يترتب على التداوى عيب فلا تجاب الزوجة لما طلبته .

وإن كان الداء خلقة وطلب الزوج أن تتداوى منه وامتنعت الزوجة فلا تجبر على التداوى ، سواء أكان يترتب على التداوى عيب أو لا .

وأما إن كان الداء عارضا وطلب التداوى أى واحد من الزوجين ، سواء أكان الزوج هو الذى طلب التداوى أو الزوجة ، فإنه يجاب لذلك ، بشرط أن لا يترتب على التداوى عيب

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى جـ٢ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

فإن كان يترتب على التداوى عيب وطلبه الزوج أجبرت الزوجة عليه .

وإن طلبته هى فلا يجبر عليه الزوج ، بل له الخيار فى ذلك[1] .

وأما القرن — بفتح الراء أو سكونها — فقد فسروه بأنه شىء يبرز فى فرج المرأة يشبه قرن الشاة ، يكون من لحم غالبا ، وتارة يكون عظما .

وأما العفل — بفتح العين والفاء — فهو لحم يبرز فى فى فرج المرأة ، ولا يسلم غالبا من رشح ، يشبه أدرة الرجل — بضم الهمزة وسكون الدال — أى انتفاخ خصية الرجل ، وقيل إنه رغوة فى الفرج تحدث عند الجماع .

وأما الإفضاء ، فهو اختلاط مسلكى الذكر والبول ،أوبعبارة أخرى أن يكون مسلك البول ومسلك الجماع واحدا[2] ،وأولى من ذلك أن يختلط مسلكا الذكر والغائط .

وأما البخر ، فهو أن يكون لفرجها رائحة نتنة ، فهو منفر جدا للزوج.

وإذا طلب زوج من بها قرن ، أو عفل ، أو إفضاء ، أو بخر ، رد المرأة بهذا العيب ، وطلبت هى أن تتداوى مما بها من العيب ، فإنها تأخذ حكم الرتقاء الذى بيناه سابقا ، فى التأجيل للتداوى ، وما يتصل به ، فقد صرح المالكية بأن الحكم واحد فى الرتقاء وغيرها من ذوات داء الفرج، كالقرناء ، والعفلاء ، والبخراء وعلى هذا فالصور الثمانية التى أشرنا إليها سابقا وبينا حكمها عند المالكية فى الرتقاء ، تأتى أيضا فى كل ذات داء

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥٣ طبعة أخرى

(٢) يرى المخالفون للمالكية أن الإفضاء لا يثبت حق الفسخ للزوج ، لأنه يمكن الوطء مع وجوده ، البحر الزخار ج ٣ ص ٦٢

الفرج من قرن ، أو عفل ، أو إفضاء . أو بخر ، وتأخذ الحكم الذى أخذته الرتقاء .

وأما رائحة الفم الكريهة فلا يثبت به حق التفريق عند المالكية .

وقد عد بعض المالكية الاستحاضة — أى مجىء الدم للمرأة فى غير أيام دورتها الشهرية — من العيوب التى ترد بها المرأة ، فقد عدها صاحب كفاية الطالب الربانى من عيوب المرأة وقال : « وهى تمنع من كمال الجماع » ولم يذكر العفل عيبا من العيوب التى ترد بها المرأة(١) .

هذه هى العيوب الخاصة بالمرأة ، وقد بين المالكية أن حق التفريق يثبت للرجل إذا وجد عيبا من هذه العيوب بالمرأة قبل عقد الزواج أو وقت العقد .

وأما العيب الذى حدث بالمرأة بعد عقد الزواج فصيبة نزلت بالرجل ، أى ليس له حق التفريق بها .

العيوب التى يختص بها الرجل عند المالكية

يختص الرجل بأربعة عيـــوب : هى الجب ، والخصاء ، والعنة ، والاعتراض .

أما الجب عندهم ، فهو أن يكون الرجل مقطوع الذكر والانثيين أى الخصيتين ، وكذلك يعيب الرجل إذا كان مقطوع الخصيتين فقط إذا كان لا يمنى ، وأما إذا كان مقطوع الخصيتين فقط ومع ذلك له قدرة الإمناء فلا يحق للمرأة أى تطلب التفريق ، ولا يضر عدم النسل كما إذا كان عقيما .

---

(١) المختار من كفاية الطالب الربانى . الجزء الأول ص ٤٢٩

وقطع الحشفة فقط — أى رأس الذكر — له حكم قطع الذكر كله على الرأى الراجح عند المالكية .

وأما الخصاء عند المالكية فهو أن يكون مقطوع الذكر دون الخصيتين، على العكس من تعريف غير المالكية للخصى بأنه الذى ذهبت خصيتاه مع بقاء ذكره .

وأما العنة — بضم العين وتشديد النون — فقد فسرها المالكية بأنها فرط صغر الذكر ، أى أن يكون ذكره صغيرا بحيث لا يحصل به الجماع ، وأما العنة عند الكثيرين من غير المالكية فهى العجز عن الوطء لعدم انتشار الآلة ، وعند الحنفية هى عدم القدرة على إتيان النساء سواء أكانت الآلة تنتشر أولا .

وبين المالكية أن الرجل يعاب أيضا ويحق للمرأة أن تطلب التفريق إذا كان ذكره ثخينا ، بحيث تكون هذه الثخانة مانعة من الإيلاج .

وبينوا كذلك أن الزوجة ليس لها حق التفريق إذا وجدت الزوج خنثى متضح الذكورية .

وأما الاعتراض ، فقد فسروه بأنه عدم انتشار الذكر[1] .

ويؤجل المعترض سنة تبدأ من يوم الحكم من القاضى لا من يوم الرفع إليه .

وقال المالكية إن حق التفريق لا يثبت للمرأة إذا حدث الجب ، أو الاعتراض ، أو الخصاء ، بالرجل بعد أن وطئها ولو مرة واحدة ،

---

(١) الشرح الكبير لأحمد الدردير . وحاشية الدسوقى عليه ح٢ ص٢٧٨، وما بعدها والشرح الصغير لأحمد الدردير ج٢ ص٢٧٠

وإصابته بأحد بأن هذه العيوب الثلاثة بعد حدوث الوطء منه بعد مصيبة نزلت بالمرأة ، فيلزمها أن تصبر عليها ، لكن يثبت لها حق التفريق إذا لم يحصل منه وطء أصلا .

شروط ثبوت حق التفريق عند المالكية

بين المالكية أنه يشترط فى ثبوت حق التفريق بين الزوجين بالعيوب شرطان :

الشرط الأول . أن لا يكون من يطالب بالتفريق قد سبق له علم بالعيب فى الآخر قبل عقد الزواج ، فإن كان قد سبق له علم بهذا العيب قبل العقد فلا يثبت له حق التفريق .

الشرط الثانى : أن لا يرضى بهذا العيب إذا كان قد اطلع عليه بعد عقد الزواج . سواء أكان قد حدث منه الرضا صراحة أو ضمنا ، فالرضا صراحة ، كأن يقول : رضيت به ، والرضا ضمنا ، كما إذا تلذذ بصاحبه المعيب بتقبيل ، أو تفخيذ ، أو نحو ذلك وهو يعلم بالعيب.

ولكنهم استثنوا من هذا ، امرأة المعترض — وهو من لا ينتشر ذكره — إذا علمت باعتراضه قبل عقد الزواج ، أو بعده ، ومع ذلك مكنته من أن يتلذذ بها ، فإنه يثبت لها حق التفريق ، لأنها كانت ترجو شفاءه ولم يحصل .

والحقيقة أن الشرط الوحيد لإثبات حق التفريق — عند المالكية — هو عدم الرضا ، فإذا وجد الرضا من أحد الزوجين بعيب الآخر فلا حق له فى التفريق ، وأما ما ذكروه مع الرضا من العلم بالعيب قبل عقد الزواج ، والتلذذ ، فإن هذا مما يدل على الرضا(١) .

---

(١) الشرح الكبير لأحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه . الجزء الثانى ص ٢٤٧ وما بعدها ، والشرح الصغير لأحمد الدردير ج ٢ ص ٢٧٠

لا يثبت حق التفريق عند المالكية بغير العيوب التى ذكرناها

صرح المالكية بأن حق لا يثبت لأحد من الزوجين بغير العيوب التى ذكرناها ، كالسواد ، والعمى ، والعرج ، والشلل ، وكثرة الأكل ، وما ماثل ذلك . مما يعده العرف عيبا ، إلا إذا شرط ذلك ، فيجب أن يعمل بهذا الشرط ، فيثبت به حق التفريق ، حتى لو وصف المرأة وليها عند الخطبة ، كأن قال له : هى سليمة العينين ، طويلة الشعر ، لا عيب فيها ، فوجدها الزوج بخلاف هذا الوصف ، فإنه يثبت له حق التفريق ، لأن وصف وليها لها ينزل منزلة الشرط ، ومثل هذا أيضا إذا وصفتها أمها أو غير أمها له والولى ساكت ، فينزل أيضا منزلة الشرط ، وسواء أكان الزوج قد سأل عنها فوصفت له ، أو وصفت له ابتداء من غير سؤال منه عندما أراد خطبتها .

لا يثبت حق الفريق إذا وجدها على خلاف ماظن

لا يثبت حق التفريق عند المالكية للرجل إذا تبين أنها على خلاف ماظنه فيها بدون أن يشترط فيها شرطا معينا ، كأن كان قومها مشتهرين بالشعر لكنها بانت قرعاء ، أووجدها ثيبا مع أنه كان يظنها بكرا ، سواء أكانت الثيوبة من زواج أو من غير زواج ، أووجدها سوداء مع أنها من قوم بيض اللون .

فهذه أمثلة من أمثلة تخلف الظن ، وأما إذا قال : أتزوجها بشرط أن تكون عذراء فوجدها ثيبا ، فله حينئذ حق التفريق ، لأن العذراء هى التى لم تزل بكارتها .

وأختلف علماء المالكية فيما لوقال : أتزوجها بشرط أن تكون بكرا فوجدها ثيبا بغير زواج ، على رأيين :

أحدهما لابن العطار مع بعض الموثقين ، أن ذلك يثبت الخيار للزوج ، لأن كلمة « بكر » وكلمة « عذراء » مترادفتان ، أى اللفظ متعدد والمعنى واحد ، ومعناهما المرأة التى لم تزل بكارتها أصلا .

والرأى الثانى لأبكر ابن عبد الرحمن ، وصوبه بعض الموثقين ، أن ذلك لايثبت به الخيار للزوج .

وقد علل لهذا الرأى بأن البكر هى التى لم تزل بكارتها بزواج صحيح أو زواج فاسد جار مجراه

ومحل هذا إذا لم يكن عرف الناس قد جرى بمساواة البكر للعذراء ، فإذا كان عرف الناس قد جرى على مساواة البكر للعذراء كما هو عرف الناس هنا فى مصر ، فلاخلاف بين علماء المالكية ، وإنما للزوج حق ردها قطعا .

وكذلك لاخلاف بينهم فى ثبوت حق الرد للزوج إذا كان ولى المرأة يعلم بثيوبتها عند شرط الزوج أو ووكيله .

هذا ، وقد بين المالكية أنه يجوز لولى المرأة أن يكتم أى عيب وجد بالمرأة ، من العيوب التى لا يثبت بها الخيار للزوج فسخ عقد الزواج ، كالعمى والقرع ، والسواد ، والشلل ونحوه ذلك ،لأن الزواج مبنى على المكارمة ، بخلاف البيع فإنه ليس مبنيا على المكارمة كالزواج بل هو مبنى على المشاحة ولذلك فإنه يجب على البائع أن يبين للمشترى كل عيب يكرهه المشترى سواء اشترط المشترى سلامة المبيع منه أم لا ،لكن إذا كان المالكية قد بينوا أنه يجوز لولى المرأة أن يكتم أى عيب وجد بها من العيوب التى لا تثبت الخيار للزوج ، فإنهم اشترطوا أن لا يكون الزوج قد اشترط أن تكون الزوجة سليمة من هـــذا العيب ، وكذلك فإن العيب

الذى يثبت به الخيار للزوج فى فسخ الزواج يجب على الولى أن يبينه للزوج قبل عقد الزواج .

وكذلك بين المالكية أنه يجب على الولى أن يكتم الفواحش التى توجب العار كالزنا والسرقة ، فإذا كانت المرأة قد زنت أو سرقت فلا يجوز لوليها أن يظهر هذا لزوجها ، بل يجب عليه أن يكتم ذلك (١) .

وبهذا ينتهى كلامنا عن العيوب التى تجيز التفريق بين الزوجين عند المالكية ، وننتقل الآن إلى الكلام عن العيوب عند الشافعية .

العيوب عند الشافعية

العيوب عند الشافعية أيضاً ثلاثة أقسام ، قسم مشترك بين الزوجين ، وقسم مختص بالزوجة ، وقسم مختص بالزوج ، وإليك بيانا لكل قسم من هذه الأقسام .

بيان العيوب المشتركة بين الزوجين عند الشافعية

العيوب المشتركة بين الزوجين ثلاثة عيوب ، هى الجنون ، والجذام ، والبرص، فالجنون عيب يثبت به حق التفريق لكل من الزوجين إذا كان فى الآخر ، وهو يثبت هذا الحق حتى لو كان متقطعا أى غير دائم ، أو كان قابلا للعلاج ، وقد استثنى المتولى أحد علماء الشافعية من الجنون المتقطع الخفيف الذى يطرأ فى بعض الزمان . كما إذا كان يأتى يوماً فى السنة مثلا .

---

(١) الشرح الصغير ح ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٧٦ والشرح الكبير وحاشية الدسوقى ح ٢ ص ٢٩٠

حكم الإغماء

ولا يثبت حق التفريق بالمرض الذى يحصل به الإغماء إذا كانت الإفاقة تحصل منه ، وأما إذا كان الإغماء ميئوسا من زواله فهو كالجنون ، وكذلك إن زال المرض الذى يتسبب عنه الإغماء ودام الإغماء فهو كالجنون .

وأما الإغماء غير الميئوس من زواله ، بأن قال الأطباء إنه يزول بعد مدة فلا يثبت به الخيار لأحد من الزوجين .

حكم الخبل

ألحق الإمام الشافعى رضى الله عنه الخبل - بسكون الباء - بالجنون ، والفرق بين الجنون والخبل أن الجنون كمال الاستغراق بخلاف الخبل فإنه نوع منه ، وهو قلة العقل .

حكم الصرع

والصرع نوع من الجنون كما قال بعض العلماء .

والجذام كذلك عيب يثبت حق التفريق لكل من الزوجين إذا وجد بالآخر .

والبرص كذلك ، ولكن هل يشترط فى الجذام والبرص أن يكونا مستحكمين ؟ اختلف علماء الشافعية ، فبعضهم يرى أنه يشترط فى الجذام والبرص أن يكونا مستحكمين ، وأما غير المستحكم من أوائل الجذام والبرص فلا يثبت به حق التفريق .

والبعض الآخر يرى أنه لا يشترط استحكامهما ، بل يكتفى بحكم أهل الخبرة بكونه جذاما أو برصا ، وذلك لأن النفس تعاف ذلك ولو لم يكن مستحكما .

ومعنى الاستحكام فى الجذام أن يتقطع العضو بعد احمراره ثم اسوداده

على رأى بعض الشافعية ، أو على رأى آخر يكون الاستحكام بالاسوداد وإن لم يتقطع وحكم أهل المعرفة والخبرة باستحكام العلة .

ولم يشترط الشافعية الاستحكام فى الجنون ، ولعل الفرق ـ كما قال الزركشى ـ أن الجنون يفضى إلى الجناية على الزوج الآخر غالباً ، ومعنى الاستحكام فى الجنون ألا يكون قابلا للعلاج ، وعدم استحكامه أن يكون قابلا للعلاج .

هذه هى العيوب المشتركة بين الزوجين عند الشافعية ، ونحب قبل أن ننتقل إلى الكلام عن العيوب المختصة بالزوجة عندهم ، أن نذكر إجابة لسؤال أثاره علماء الشافعية وأجابوا عنه ، وهو كيف يتصور ثبوت حق التفريق للمرأة بالعيب الموجود بالزوج مع أنها إن علمت بهذا العيب فلا يثبت لها حق التفريق، وإن لم تعلم به فلا يصح عقد الزواج لأن الكفاءة شرط فى صحة عقد الزواج وخلو الزوج من العيوب شرط فى تحقق الكفاءة .

هذا هو السؤال الذى أثاروه هنا ، وقد أجابوا عنه بأن صورة المسألة، هى أن تكون المرأة قد أذنت لوليها فى أن يزوجها من شخص معين ، غير كفء ، وزوجها وليها منه بناء على أنه سليم من العيوب التى تثبت حق التفريق للزوجة ، فإذا هو معيب ، فالمذهب أن الزواج صحيح ويثبت حق التفريق للزوجة بذلك .

العيوب المختصة بالزوجة عند الشافعية

تختص الزوجة بعيبين : الرتق ، والقرن ، فالرتقاء عند الشافعة هى التى انسد محل الجماع منها بلحم ، وأما القرناء فاختلف علماء الشافعية فيها ، فالأصح أنها التى انسد محل الجماع منها بعظم ، وقيل هى التى انسد محل الجماع منها بلحم ، وعلى الرأى الأخير يكون الرتق والقرن شيئا واحداً .

المرأة ضيقة المنفذ

صرح الشافعية بأنه تلحق المرأة ضيقة المنفذ بالمرأة الرتقاء فى الحكم إذا كان الوطء من أى واطىء يؤدى إلى إفضائها ، ومعنى الإفضاء رفع مابين قبلها ودبرها ، وقيل هو رفع مابين مدخل الذكر ومخرج البول .

وبين بعض علماء الشافعية أنها تعد ضيقة المنفذ إذا كانت بحيث يفضيها كل واطىء ، وبين ابن حجر الهيتمى أحد كبار علمائهم أنه لعل مرادهم أنها تكون بحيث يتعذر دخول ذكر من جسمه مثل جسمها فى السمنة أو النحافة فى فرجها ، سواء أدى لإفضائها أم لا ، وقد ذكر الرافعى أحد كبار علماء الشافعية أيضا أن المرأة إذا كانت لاتتحمل الوطء إلا بالإفضاء لم يجز للزوج أن يطأها(١) .

حكم إجبار المرأة على إجراء جراحة لإزالة الرتق عند الشافعية

هل من حق الزوج إذا وجد زوجته رتقاء أن يجبرها على إجراء عملية جراحية لإزالة مابها من رتق ؟ أجاب فقهاء الشافعية على هذا بأنه ليس من حقه ذلك (٢) ، ولو حدث أن أزالت الرتق وأمكن الجماع فلا يثبت للزوج حق التفريق .

وقال الشافعية أيضا ينبغى لولى الصغيرة أن يعمل على إزالة هذا العيب إذا رأى المصلحة فى ذلك ، فولى الصغيرة يجب عليه أن ينظر فى مصلحتها ، فإذا كانت العملية الجراحية لاخطر منها على الصغيرة فله أن يجريها ، وأما البالغة فهى التى تقرر ما يتفق ومصلحتها .

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى حـ ٧ ص ٣٤٦ وكفاية الأخيار حـ ٢ ص ٣٧

(٢) وقال بهذا أيضا الزيدية .

والفرق بين الصغيرة والبالغة ، أن البالغة تدرك معنى اللذة ، وتعلم أن زوجها له حق مفارقتها ، فإذا كانت لا تريد إجراء العملية الجراحية لتزيل العيب الذى بها ، فإن معنى هذا أنها زاهدة فى الزوج وفى اللذة ، وتفضل أن تبقى على حالها ، وأما الصغيرة فإدراكها ليس كاملا حتى يصح حكمها على الأمور ، فهى ليست مسئولة عن نفسها بل وليها هو المسئول عنها .

العيوب المختصة بالزوج عند الشافعية

العيوب المختصة بالزوج عندهم عيبان ، هما العنة والجب .

فالعنين عندهم هو العاجز عن الوطء فى الفرج خاصة ولو كان قادرا على الوطء فى الدبر ، وذلك العجز لعدم انتشار الآلة ، قال بعض العلماء هو مشتق من « عن » الشىء أى عرض ، لتعرض عضو التذكير إلى أحد جانبى الفرج وعدم ثباته ، وقيل مشتق من عنان الدابة ، لأن العنة تمنع الزوج عن الجماع كما أن عنان الدابة يمنعها من السير .

وتثبت العنة عند الشافعية بثلاثة أمور : الأمر الأول : إقرار الزوج بها عند الحاكم كغير العنة من الحقوق .

الأمر الثانى : أن يشهد شاهدان عند الحاكم أنه أقر بأنه عنين ، فالشهادة تكون على إقرار الزوج بالعنة ، وأما ثبوت العنة بشهادة الشاهدين على نفس العنة فأمر غير متصور لأنه أمر لا يطلع الشهود عليه .

الأمر الثالث : يمين الزوجة بعد امتناع الزوج عن اليمين فى الأصح من رأيين عند فقهاء الشافعية ، فإذا أنكر الزوج أنه عنين ، فطولب بأن يحلف على ذلك ، فامتنع من اليمين ، فإن العنة تثبت بيمين الزوجة كما هو الرأى الأصح عند الشافعية ، وإنما جاز للمرأة أن تحلف على أن زوجها عنين مع أن العنة أمر خفى ، لأن الزوجة تعرف أن زوجها عنين بالقرائن

والممارسة ، كما يجوز لها أن تحلف أنه نوى الطلاق بلفظ من ألفاظ الكناية إذا كانت هناك قرينة تدل على ذلك ، ولا ينظر إلى احتمال أن عدم الوطء لكون الزوج يبغض زوجته أو يستحي منها ، بخلاف الشهادة بالعنة ، لأن الشهود لا يعرفون من ذلك ما تعرفه الزوجة .

والرأى الثانى المقابل للأصح عند فقهاء الشافعية أنه لا ترد اليمين على الزوجة بعد امتناع الزوج عن اليمين ، ويقضى القاضى بامتناعه عن اليمين .

وإذا تبين أن العنة لا تثبت إلا بإقرار الزوج . عنـــد القاضى ، أو بوجود شاهدين يشهدان أنه أقر بالعنة ، أو بيمين الزوجة بعد امتناع الزوج عن الحلف فإنه يؤخذ من هذا أن دعوى امرأة الصبى والمجنون العنة عليهما لا تسمع عند القاضى ، لأن العنة كما قلنا لا تثبت إلا بإقرار الزوج عند القاضى ، أو شهادة شاهدين على إقرار الزوج بأنه عنين ، أو بيمين الزوجـــة بعد امتناع الزوج عن اليمين ، وإقرار كل من الصبى والمجنون لغو ساقط لا اعتبار له ، وكذلك نكوله عن اليمين أى امتناعه عن اليمين .

وإذا ثبتت عنة الزوج بأحد الأمور الثلاثة السابقة ضرب القاضى له سنة بعد طلب الزوجة ، لأن الحق لها ، فإن سكتت فلم تطلب من القاضى ذلك لم يضرب القاضى مـــدة للزوج ، لكن إذا علم القاضى أن سكوت الزوجة كان بسبب جهلها بالحكم ، أو لدهشة ، أو لغفلة فلا بأس أن ينبهها القاضى إلى الحكم .

وقد بين الشافعية أنه لابد فى ضرب المدة من طلب المرأة نفسها ، فلا ينوب وليها عنها فى ذلك سواء أكانت عاقلة أو مجنونة .

ثم بعد تمام السنة المضروبة للزوج ولم يحدث وطء ولم تعتزله فى أثناء السنة ، ترفع الزوجة الأمر ثانيا إلى القاضى . فلا يصح لها أن تفسخ الزواج بدون رفع إلى القاضى ، وذلك لأن الأمر هنا يدور على الدعوى ، والإقرار والإنكار ، واليمين ، فيحتاج إلى نظر القاضى واجتهاده .

فإن قال الزوج وطئتها فإما أن تكون الزوجة ثيبا أو بكرا ، فإن كانت ثيبا صدق بيمينه وإن كانت بكرا فإن شهد أربع نسوة ببكارتها فالقول قول المرأة ، لكن هل يحلفها القاضى أولا ، رأيان عند فقهاء الشافعية ، الرأى الراجح منهما أنها تحلف .

فإن كانت الزوجة ثيبا وامتنع الزوج عن اليمين حلفت هى أنه لم يطأها ، فإن حلفت على ذلك ، أو أقر الزوج بأنه لم يطأها استقلت الزوجة بفسخ الزواج ، كما يستقل بالفسخ من يجد بالمبيع عيبا ، لكن مع ملاحظة أن فسخ الزوجة يكون بعد إعلام القاضى لها بدخول وقت الفسخ .

وهذا هو الرأى الراجح عند الشافعية .

والرأى الآخر أن المرأة تحتاج إلى إذن القاضى لها بالفسخ ، أو يفسخ القاضى نفسه ، وذلك لأنه محل نظر واجتهاد فإما أن يتعاطى القاضى الفسخ بنفسه ، او يأذن فيه .

ومثل العنين فى إثبات حق التفريق للمرأة أن يكون الزوج كبير الآلة بحيث لا تسع حشفته امرأة .

والعيب الثانى من العيوب المختصة بالزوج هو الجب ، والمجبوب هو مقطوع جميع الذكر ، أو لم يبق منه قدر الحشفة ، فإذا قطع كله أو بقى جزء منه أقل من قدر الحشفة ثبتت للزوجة الخيار فى فسخ عقد الزواج ، وذلك لأنه فات عليها التمتع المقصود من الزواج وهو الوطء ، صحيح أنه يبقى التمتع بمثل النظر واللمس لكن ذلك ليس مقصودا من الزواج لذاته(١) .

وأما إذا بقى من الذكر جزء يمكن إيلاجه قدر الحشفة فلا يثبت حق التفريق للزوجة على الرأى الأصح من رأيين لفقهاء الشافعية .

---

(١) حاشية البجيرمى على شرح الخطيب ج ٣ ص ٣٨٦

والجب يثبت حق التفريق للمرأة عند الشافعية ، حتى لو كان قد وطئها قبل الجب ، بل حتى لو حدث الجب بفعلها هى ، واستندوا فى هذا إلى أمرين :

الأمر الأول : حدوث الضرر للزوجة بحدوث الجب للزوج ، نظرا إلى أن الزوج بعد جبه أصبح لا يرجى منه الوطء .

الأمر الثانى : القياس على المستأجر إذا خرب البيت الذى استأجره ، تخريبا يمكن معه السكنى . فإن المستأجر له الخيار فى فسخ عقد الإجارة وإن كان يلزمه أن يدفع للمؤجر تكاليف ما خربه . وأما إذا كان التخريب لا يمكن معه السكنى فإن الإجارة تنفسخ به .

قال الشافعية وأما المشترى إذا أحدث بالمبيع عيبا قبل أن يقبضه فلا يثبت ذلك له حقا فى فسخ عقد البيع ، والفرق بين الإجارة والبيع ، أن قبض المبيع قد حصل للمشترى بتعييب المبيع ، فوجب أن يأخذ المشترى المبيع الذى عيبه بالثمن الذى اتفقا عليه ، ولا يثبت له الخيار فى فسخ العقد(١) .

والمرأة بحصول الجب — حتى لو بفعلها — لا تصير قابضة لحقها ، على العكس من حالة المشترى الذى أحدث عيبا بالمبيع قبل أن يقبضه ، فهو بالتعييب قد قبض حقه .

ولو كان الزوج قد قطع ذكره وبقى منه جزء قدر الحشفة ولكنه عجز عن أن يطأها بهذا القدر فهو مثل العنة عند الشافعية ، أى تضرب له مدة سنة ، يختبر فيها ، فإن استطاع أن يطأها بهذا القدر فليس لها الخيار ، وإن لم يستطع ثبت لها الخيار فى الفسخ .

---

(١) مغنى المحتاج جـ٣ صـ٢٠٣ وحاشية الشرقاوى على التحرير جـ٢ صـ٢٥٤ وحاشية البجيرمى على الخطيب جـ٣ صـ٣٨٦

ويشبه العنة ما لو حصل للزوج كبر فى خصيتيه بحيث صارتا تغطيان الذكر ، فأصبح لا يخرج الذكر من بين الخصيتين ، فلا يستطيع أن يجامعها بشىء منه ، فيثبت الخيار للزوجة إذا لم يسبق له الوطء ، وبشرط أن يكون قد يئس من زوال كبر خصيتيه بقول طبيب عدل .

حدوث الجب بعد الوطء

إذا كان الشافعية قد اشترطوا فى العنة أن تكون فى الزوج قبل الوطء ، فإنهم على الرأى الأصح عندهم لم يشترطوا هذا الشرط فى الجب ، فأثبتوا حق المرأة فى التفريق إذا حدث الجب للزوج بعد الوطء ، بخلاف العنة .

وقد عللوا هذا بأن المرأة فى هذه الحالة قد يئست من الجماع ، وعدم توقع الاستمتاع ، بخلاف العنة إذا حدثت بعد الوطء فإنه من المتوقع أن تزول بحصول شفاء الزوج منها ، وعود الداعية للاستمتاع . فالزوجة فى هذه الحال مترجية لحصول ما يعفها ، وأما فى حالة الجب فإنها قد يئست من حصول ما يعفها(١) .

لا يثبت التفريق عند الشافعية بغير ما ذكرنا من العيوب

هذه هى العيوب التى يثبت بها حق التفريق بين الزوجين عند الشافعية ، ولا يثبت حق التفريق بما عداها من العيوب ، كما هو الرأى الصحيح عندهم ، فلا يثبت بالبخر ، والصنان وإن لم يقبلا العلاج ، ولا بدوام الاستحاضة أى بدوام مجىء الدم للمرأة فى غير أيام الدورة الشهرية ، ولا بالقروح السيالة ، ولا يثبت بالعمى ، والزمانة ، والبله ، والخصاء ، لأن الخصى ـ وهو عند الشافعية

---

(١) حاشية الباجورى جـ ٢ صـ ١٢٧ ، وحاشية البجيرمى على شرح الخطيب جـ ٣ صـ ٣٨٧

من قطعت خصيتاه وبقي ذكره — قادر على الجماع ، بل قال البعض إنه أقدر من غيره على الجماع ، لأنه لا ينزل فلا يعتريه فتور ، وكذلك لا يثبت حق التفريق على الرأى الصحيح عندهم بالإفضاء ، ولا بكونه يتغوط عند الجماع ، وعللوا الحكم فى كل العيوب التى ذكرناها هنا بأن هذه العيوب كلها لا تؤدى إلى تفويت المقصود من الزواج وهو الوطء .

مستند الشافعية فى إثبات حق التفريق بهذه العيوب :

وقد استند الشافعية فى إثبات حق التفريق بالعيوب التى بيناها إلى أن حق التفريق ثبت بعيب البرص بالحديث الذى رواه زيد بن كعب بن عجرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بنى غفار فرأى بكحشها بياضا ، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : البسى ثيابك والحقى بأهلك .

وأما سائر العيوب التى قالوا إنها تثبت حق التفريق فقد ثبتت بالقياس على البرص ، لأنها فى معنى البرص ، حيث تؤدى إلى منع كمال الاستمتاع كما يؤدى البرص إلى منع كمال الاستمتاع ، بل هى أولى من البرص فى ذلك ، قال الشافعى فى الأم : وأما الجذام والبرص فإنه أى كلا منهما يعدى الزوج ويعدى الولد ، وقال أيضا فى موضع آخر : الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يعدى كثيرا ، وهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب أن يجامع من هو به ، والولد قل أن يسلم منه ، فإن سلم أدرك نسله .

شروط التفريق بالعيوب عند الشافعية

تدل كتابات الشافعية على أنه يشترط فى العيوب التى ذكرناها ثلاثة شروط :

الشرط الأول : ألا يكون من يطالب بالفسخ قد علم بوجود العيب

قبل عقد الزواج ، إلا فى مسألة العنين ، فإن المرأة لو علمت بعنة زوجها قبل العقد فلها الخيار بعد العقد ، وعللوا هذا بأن العنة تحصل فى حق امرأة دون امرأة أخرى ، أى قد يعجز الرجل عن وطء إمرأة ولا يعجز عن وطء امرأة أخرى ، وأيضا فإنه قد يعجز عن الوطء فى زواج دون زواج آخر.

الشرط الثانى : أن تكون المطالبة والرفع إلى الحاكم على الفور متى ثبت العيب . فإذا ثبت العيب ومضى وقت كاف يستطيع فيه المطالب بفسخ الزواج أن يطالب بهذا ، ولم يفعل سقط حقه فى طلب التفريق . وذلك لأن الخيار بهذه الأمور خيار عيب ، وخيار العيب على الفور كما هو الحكم فى الخيار بعيب المبيع .

ولا يتنافى اشتراط الفورية مع تأخير البت فى أمر الزوج العنين إلى ما بعد انتهاء السنة التى تضرب للعنين ، لأن العنة لا تثبت إلا بعد مضى السنة.

ويرى الشافعية أن المطالب بالفسخ لو ادعى أنه يجهل اشتراط الفور قبل منه ذلك ، لأنه يخفى على كثير من الناس .

الشرط الثالث : يشترط فى الفسخ بعيب العنة الرفع إلى الحاكم ، وهذا باتفاق الآراء عند فقهاء الشافعية ، واختلفوا فيما عدا العنة من العيوب ، والأصح عندهم أنه يشترط أيضا فى غير العنة الرفع إلى الحاكم ، لأن التفريق بين الزوجين بهذه العيوب أمر مجتهد فيه ، فكان شبيها بالتفريق بين الزوجين بإعسار الزوج أو إعساره بالنفقة .

ولا ينفرد الزوجان بالتراضى بالتفريق بينهما من غير أن يرفعا الأمر إلى الحاكم .

والرأى المقابل للأصح عند فقهاء الشافعية أن ما عدا العنة من العيوب لا يحتاج إلى الرفع للحاكم ، بل لكل من الزوجين أن ينفرد بفسخ الزواج ،

كما هو الحكم فى رد المبيع إذا وجد المشترى به عيبا(١) .

وقد بين الشافعية أنه إذا فقد الحاكم أغنى عنه من يتفق عليه الجانبان ليحكم بينهما ، فإذا لم تجد الزوجة حاكما ولا محكما نفذ فسخها للضرورة ، كما هو الحكم عند إعسار الزوج بالنفقة ولم تجد الزوجة حاكما ولا محكما ترفع الأمر إليه(٢) .

وبعد ، فهذا مايتعلق بالعيوب المثبتة لخيار فسخ الزواج عند الشافعية والعيب فى أحد الزوجين هو أحد أسباب ثلاثة اتفق عليها الشافعية فى كونها تثبت الخيار فى فسخ الزواج ، فأسباب الخيار المتفق عليها عندهم ثلاثة : أحدها العيوب ، والسبب الثانى : خلف الشرط أو خلف الظن ، والسبب الثالث : العتق .

وسنتكلم فيما يأتى - إتماما للفائدة - عن السبب الثانى وهو خلف الشرط أوخلف الظن ، لأن هذا السبب قسمان خلف الشرط وخلف الظن ، ثم نتبع ذلك بالكلام عن السبب الثالث من الأسباب المثبتة للخيار عند الشافعية وهو العتق ، وإليك أولا الكلام عن خلف الشرط .

---

(١) حاشية الشرقاوى على التحرير جـ ٢ ص ٢٥٥ .

(٢) المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٤٨ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٠٣ — ٢٠٥ وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم جـ ٢ ص ١٢٣ — ١٢٨ ، وحاشية البجيرمى على شرح الخطيب جـ ٣ ص ٣٨٤ — ٣٨٧ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٤ ص ٢١٥ ، ٢١٧

لو شرط أحد الزوجين فى العقد وصفا معينا

بين الشافعية أنه لو شرط أحد الزوجين فى عقد الزواج فى الزوج الآخر وصفا معينا ، ثم تبين عدم وجود هذا الوصف المشروط ، فإما أن يكون هذا الوصف يمنع صحة عقد الزواج أو لا يمنع صحته .

فإذا كان هذا الوصف الذى شرطه أحد الزوجين يمنع صحة الزواج ، كما إذا اشترط الرجل اليهودى أو النصرانى أن تكون المرأة التى سيتزوجها مسلمة ، أو اشترط الحر أن تكون المرأة جارية وهو لم تتوفر فيه شروط صحة زواج الحر بالجارية(١) ، فالعقد فى هذه الحالة فاسد لا يصح .

وأما إذا كان الوصف الذى اشترطه أحدهما فى الآخر لا يمنع صحة عقد الزواج ، كأن كان الرجل قد اشترط أن تكون المرأة جميلة فتبين أنها غير جميلة ، أو بكرا فبانت ثيبا ، أو بيضاء فبانت سمراء ، أو سمراء فبانت بيضاء ، أو سمينة فبانت عجفاء ، أو طويلة فبانت قصيرة ، أو اشترطت المرأة فى الرجل أحد هذه الأوصاف أو ما ماثلها فبان ضد ذلك ، فإن هناك رأيين منقولين عن الإمام الشافعى :

الرأى الأول : أن الزواج باطل ، وقد علل لهذا الرأى بأن الزواج يعتمد على الصفات ، فالصفة فى كل من الزوجين مقصودة كالذات ، فإذا تبدلت الصفات فإن تبدلها يكون كتبدل الذات ، وتبدل الذات يبطل العقد .

فإذا تزوج فاطمة فبانت سعاد فالزواج باطل ، فكذلك إذا تبدلت الصفات .

---

(١) يشترط الزواج الحر بالجارية عند الشافعية أربعة شروط :
الشرط الأول : ألا يقدر على مهر الحرة ، والشرط الثانى لا يكون متزوجاً من حرة ، والشرط الثالث : أن يخاف من الوقوع فى جريمة الزنا إن لم يتزوج ، والشرط الرابع : أن تكون الجارية مسلمة ألا يهودية أو نصرانية أو غيرهما .

الرأى الثانى : أن الزواج صحيح ، وهذا هو الرأى الأظهر من رأيى الإمام الشافعى أى الأقوى منهما ، وقد علل لهذا الرأى بأن عقد البيع — مع أنه يتأثر بالشروط الفاسدة كما إذا قال المشترى للبائع : بعنى هذه البطيخة بشرط أن تحملها إلى بيتى ، أو بعنى هذا الثوب بشرط أن تخيطه لى ، أو بعنى هذا الزرع بشرط أن تحصده ، فإن البيع لا يكون صحيحا ، قالوا مع أن البيع يتأثر بالشروط الفاسدة فإنه لا يفسد بتخلف الشروط غير الفاسدة ، فالزواج يكون أولى من البيع فى ذلك ، لأن البيع معاوضة محضة .

وقد رد على الآخر المقابل للأظهر بأن تبدل الصفة ليس كتبدل الذات(١) .

ثم بعد ثبوت صحة الزواج ، فإما أن يتبين أن الموصوف وجد أفضل مما هو مشروط أو دون المشروط .

فإن وجد أن الموصوف أفضل مما هو مشروط ، كأن اشترط الرجل أن تكون المرأة يهودية أو نصرانية فوجدها مسلمة ، أو اشترط أن تكون ثيبا فوجدها بكرا ، أو اشترط أن تكون جارية — وهو ممن تتوفر فيه شروط صحة زواجه من الجارية ـ فوجدها حرة ، لم يثبت الخيار فى فسخ الزواج ، لأنه وجد أفضل مما شرط .

وأما إذا بان دون المشروط ، كأن كان الرجل قد اشترط أن تكون المرأة حرة فبانت جارية ـ وهو حر توفرت فيه شروط صحة زواج الحر من الجارية وقد أذن سيدها فى زواجها ، أو اشترطت المرأة أن يكون الرجل حرا فبان عبدا وهى حرة وقد أذن سيده فى زواجه ، أو اشترط أحدهما أن يكون الاخر جميلا فبان قبيحا ، فننظر ، فإما أن يكون الذى تخلف فيه الشرط هو الزوج أو الزوجة ، ولكل حكمه .

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٤ صـ ٢١٩ ، ٢٢٠

فإذا كان الذى تخلف فيه الشرط هو الزوج فللزوجة الخيار فى فسخ الزواج باتفاق فقهاء الشافعية .

وأما إذا كان الذى تخلف فيه الشرط هو الزوجة ، فقد اختلف علماء الشافعية على رأيين :

أحدهما أنه لا خيار للزوج، لأنه يمكنه أن يتخلص من الزوجة بالطلاق، والرأى الثانى — وهو الأصح — أنه يثبت الخيار للزوج فى الفسخ ، لتخلف الشرط ، ولأنه غرر به .

وقد بين الشافعية أن الفسخ إذا ثبت لكل من الزوجين بتخلف شرط اشترطه أحدهما لا يحتاج إلى القاضى ، فلكل من الزوجين الفسخ ولو بلا قاض(١) .

خلف الظن :

وأما خلف الظن فيؤدى إلى إثبات الخيار فى فسخ الزواج فى بعض المسائل غير أن الأصل عند الشافعية أن خلف الظن لا يثبت الخيار ، فلو لم يشترط الزوج أن تكون الزوجة مسلمة لكنه ظنها كذلك ، أو لم يشترط كونها حرة لكنه ظنها كذلك ، ثم تزوجها فظهر أن الزوجة يهودية أو نصرانية ، أو ظهر أنها جارية وهو ممن تتوفر فيه شروط صحة زواج الحر بالجارية ، فهنا رأيان منقولان عن الإمام الشافعى رضى الله عنه ، أولهما وهو الأظهر أى الأقوى أنه لا يثبت له الخيار فى فسخ الزواج فى هاتين الصورتين، وقد علل لهذا الرأى بأن الظن لا يثبت الخيار فى فسخ الزواج ، لأنه قد قصر بترك البحث وترك الشرط ، فكان يمكنه أن يبحث قبل الإقدام على الزواج منها حتى يعرف إن كانت مسلمة أو لا ، حرة أو جارية ، وكان

(١) تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٣٥٤ — ٣٥٦ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٤ ص ٢١٩ — ٢٢٠

يمكنه قبل الإقدام على الزواج أيضا أن يشترط كونها مسلمة أو كونها حرة ، وهذا الحكم كما لو ظن المشترى أن العبد الذى اشتراه يجيد الكتابة فاتضح أنه أمى لا يعرف الكتابة .

والرأى الثانى للإمام الشافعى أن له الخيار فى فسخ الزواج ، وقد علل لهذا الرأى بأن الظاهر من حال الدولة الإسلامية أن الأصل فيمن يعيش فيها أنه مسلم وأنه حر ، فإذا خالف ذلك ثبت الخيار فى الفسخ .

ولو أذنت المرأة لوليها فى أن يزوجها برجل ظنته كفئا لها فاتضح أنه دنىء النسب والحرفة ، فلا يثبت الخيار للمرأة فى فسخ الزواج . وذلك لأن المرأة ووليها قد قصرا فلم يبحثا عن حال الزوج ، ولم يشترطا أن يكون كفئا .

هذه بعض أمثلة لتخلف الظن ، وهناك بعض الصور لتخلف الظن يثبت فيها الخيار فى الفسخ ، كما إذا ظنت المرأة زوجها سليما فبان معيبا ، فإن لها الخيار فى فسخ الزواج ، لأن ما ظنته المرأة فى زوجها من السلامة من العيوب موافق للغالب فى حال الناس (١) .

السبب الثالث من الأسباب المثبتة للخيار : العتق

والسبب الثالث من الأسباب المثبتة للخيار فى فسخ الزواج عند الشافعية هو العتق . فإذا زوج السيد جاريته من عبد ، ثم أعتقها ، سواء أكان العتق قبل الدخول أو بعده ، ثبت لها الخيار فى فسخ الزواج ، لأنها تعير بزوجها إذا كان عبدا ، والأصل فى ذلك ، حديث بريرة ، فقد عتقت بريرة وهى

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٠٨ — ٢١٠ وحاشية البجيرمى على شرح الخطيب جـ ٣ ص ٣٨٤

متزوجة من مغيث وكان عبدا ، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المفارقة والمقام معه ، فاختارت نفسها .

وأما إذا كانت متزوجة من حر فيرى الشافعية أنه لا يثبت لها الخيار فى فسخ الزواج ، ويرى أبو حنيفة أنه يثبت لها أيضا الخيار فى فسخ الزواج .

بيان العيوب عند الحنابلة

العيوب التى تمنع الاستمتاع بين الزوجين عند الحنابلة ثمانية عيوب ، وبعض الحنابلة يعدها سبعا ، فيجعل القرن والعفل شيئا واحدا ، وسنبين معنى العفل عند كلامنا عن العيوب المختصة بالزوجة عند الحنابلة وكما قسم غير الحنابلة العيوب إلى ثلاثة أقسام هى أيضا عندهم ثلاثة أقسام ، قسم يشترك فيه الزوجان ، وقسم يختص بالزوجة ، وقسم يختص بالزوج .

وإليك بيان كل قسم من هذه الأقسام الثلاثة :

العيوب المشتركة بين الزوجين عند الحنابلة

العيوب التى يشترك الزوجان فيها ثلاثة عيـــوب ، هى الجنون ، والجذام ، والبرص .

فالجنون إذا وجد بأحد الزوجين ثبت حق التفريق للآخر عند الحنابلة ، سواء أكان الجنون مطبقا ، أو كان يجن فى بعض الأحيان ، وأحيانا يفيق لأن النفس لا تسكن إلى من هذه حاله .

حكم الإغماء

صرح الحنابلة بأنه إذا كان أحد الزوجين مريضا بمرض يتسبب عنه الإغماء ثم يزول الإغماء فلا يثبت بهذا الحق فى التفريق ، فإذا زال المرض واستمر الإغماء فإنه يكون له حكم الجنون .

الجذام والبرص

وكل من الجذام والبرص أيضا يثبت حق التفريق لأحد الزوجين إذا

وجد بالآخر ، لأنهما يثيران نفرة فى النفس تمنع من قربان من به هذا العيب ، ويخشى أن تنتقل عدواهما إلى النفس وإلى النسل ، فيمنعان الاستمتاع بين الزوجين .

العيوب المختصة بالزوجة عند الحنابلة

تختص المرأة بثلاثة عيوب ، وهى الفتق والقرن ، والعفل .

فأما الفتق فهو أن ينخرق ما بين مجرى البول ومجرى المنى ، وقيل أن ينخرق ما بين الفرج والدبر .

وقد جعل بعض الحنابلة القرن والعفل شيئا واحدا كما سبق أن بينا ، ومعناهما عندهم لحم يحدث فى الفرج يسده إلا موضع البول ، وهو معنى الرتق أيضا .

وحكى عن بعض العلماء أن العفل كالرغوة توجد فى الفرج تمنع من لذة الجماع .

وقال أبو الخطاب أحد علماء الحنابلة الرتق أن يكون الفرج مسدودا ، يعنى أن يكون ملتصقا لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل لحم ينبت فى الفرج فيسده ، فهما فى معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر .

العيوب المختصة بالزوج عند الحنابلة

هناك عيبان يختصان بالزوج عند الحنابلة ، أحدهما الجب ، وهو كما سبق توضيحه أن يكون ذكره مقطوعا كله ، أو لم يبق منه إلا جزء لا يمكن الجماع به .

وأما إذا بقى منه جزء يمكنه أن يجامع به ، ويغيب منه فى الفرج مقدار الحشفة فلا يثبت حق التفريق للمرأة ، لأن الوطء فى هذه الحالة ممكن .

والعيب الثانى من العيوب المختصة بالزوج هو العنة ، والعنين عند الحنابلة هو العاجز عن إيلاج ذكره .

قال الحنابلة إذا كان هذا العيب بالرجل ثبت حق التفريق للمرأة ، ويفرق بينهما بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ، ويعلم حاله بها ، ولا تعتبر عنته إلا بعد أن يبلغ(١) .

مستند الحنابلة فى اختصاص حق التفريق بهذه العيوب

وقد بين الحنابلة مستندهم فى اختصاص حق التفريق بين الزوجين بهذه العيوب . وهو أنها تمنع الاستمتاع المقصود من الزواج .

وذلك لأن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ، ويخشى أن يتعدى إلى النفس ، وإلى النسل ، فيمتنع الاستمتاع المقصود من الزواج .

والجنون أيضا يثير نفرة ويخشى من المجنون أن يرتكب مايضر بالآخر .
والجب فى الرجل ، والرتق فى المرأة يتعذر معهما الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل — على القول الذى فسره بالرغوة — فإنه يمنع لذة الوطء وفائدته(٢) .

رأى الحنابلة فيما عدا ذلك من العيوب

اختلف أصحاب الإمام أحمد فى البخر . وهو أن يكون للفم رائحة

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٥٨٠ ومابعدها ، والإقناع لموسى الحجاوى المقدسى جـ ٢ ص ١٩٧ .

(٢) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة مع المغنى ، جـ ٧ ص ٥٦٨ .

كريهة ، وفسره بعضهم بأنه نتن فى الفرج يثور عند الوطء ، هل يثبت الخيار فى نسخ الزواج أم لا ؟

وكذلك اختلفوا فى استطلاق البول ، والتغوط عند الجماع ، والقروح السيالة فى الفرج ، والخصاء وهو قطع الخصيتين ، والسل — بفتح السين — أى سل البيضتين من جلدتهما ، والوجى ، أى دق عروق البيضتين من غير إخراج للبيضتين ، فهو شبيه بالخصاء لأنه يكسر الشهوة(١) .

وكذلك اختلفوا فى كون أحد الزوجين خنثى أى له آلة الذكورة وعضو الأنوثة .

اختلفوا فى كل ماسبق على رأيين :

الرأى الاول أن هذه العيوب لا تثبت حق التفريق بين الزوجين . وهذا الرأى يستند إلى أن هذه العيوب لا تمنع من الاستمتاع ، ولا يخاف منها العدوى ، فلم يثبت بها حق التفريق كما لم يثبت بالعمى ، والعرج .

وأيضا فلأن التفريق بين الزوجين بأى عيب من العيوب لابد أن يكون ثابتا بالنص ، أو إجماع العلماء ، أو القياس ، ولم يثبت فى هذه العيوب نص ، ولا إجماع ، ولا يصح أن تقاس على العيوب المثبتة لحق التفريق ، وذلك لوجود الفرق بين هذه وتلك ، فإن الوطء مع هذه العيوب ممكن ، بل يقال : إن الخصى أقدر على الجماع ، لأنه لا ينزل ، والخنثى فيه خلقة زائدة ، ليست مانعة من الجماع ، فهى أشبه باليد الزائدة .

الرأى الثانى : وأما الرأى الثانى لأصحاب الإمام أحمد فى هذه العيوب

---

(١) المصباح المنير مادة «وجأ» .

فهو أن ذلك كله مثبت لحق التفريق بين الزوجين ، وقد عللوا حكمهم فى هذه العيوب .

فأما البخر فلأنه يمنع مقاربة صاحبه إلا على كره ، وأما التبول ، والتغوط عند الجماع ، والقروح السيالة فى الفرج . فلأنها بجانب كونها تثير النفور ، فإن نجاستها تتعدى للطرف الآخر .

وأما الخصاء فلأن فيه نقصا وعارا . وهو مانع للوطء أو يضعفه .

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار ، أن ابن سند تزوج امرأة وهو خصى ، فقال له عمر بن الخطاب : أعلمتها ؟ قال : لا ، قال : أعلمها ثم خيرها .

والسل ، أى سل البيضتين من جلدتهما ، والوجى ، كل منهما فى معنى الخصاء .

وأما الخنوثة فلأنها تحدث نفرة و نقصا وعارا(١) .

حكم الاستحاضة

الاستحاضة هى مجىء الدم للمرأة فى غير أيام الدورة الشهرية ، فهل هى عيب يثبت حق التفريق للزوج أم لا ؟

اختلف الحنابلة أيضا فى الاستحاضة على رأيين ، أظهرهما أنها عيب يثبت به فسخ الزواج(٢) .

---

(١) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد مع المغنى جـ ٧ ص ٥٧٧ — ٥٧٩ .

(٢) الاختيارات العلمية ص ١٣٠

شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب عند الحنابلة

بين الحنابلة أنه يشترط لثبوت الخيار بهذه العيوب ، ألا يكون عالما بها وقت عقد الزواج ، وألا يكون قد رضى بهذه العيوب ، بعد العقد .

فإن علم بالعيب وقت العقد ، أو علم به بعد العقد فرضى ؛ فلا يثبت له الخيار ، وذلك لأنه رضى بالعيب فكان أشبه بالمشترى إذا رأى المبيع معيبا ورضى به .

إن ظن أن العيب يسير فبان كثيرا

إن ظن أحد الزوجين أن العيب فى الزوج الآخر يسير فتبين له أنه كثير كما إذا ظن أن البرص موجود فى قليل من جسمه ، فوجد أنه موجود فى أجزاء كثيرة من جسمه ، فلا خيار له أيضا عند الحنابلة ، وذلك ، لأن هذا العيب من جنس العيب الذى رضى به .

إذا رضى بعيب فظهر له عيب آخر

إذا رضى بعيب فظهر له عيب آخر ، كما إذا رضى بالبرص فظهر جذام أيضا ، فإن له الخيار فى هذه الحالة عند الحنابلة ، وذلك لأنه وجد به عيبا لم يحصل منه رضا به ، ولا بجنسه ، فيثبت له الخيار ، كما هو الحكم فى المبيع إذا رضى المشترى بوجود عيب فيه ، ثم وجد به عيبا آخر .

إذا رضى بعيب فزاد بعد عقد الزواج

وإذا رضى بعيب فزاد هذا العيب بعد عقد الزواج ، كما إذا كان يوجد قليل من البرص ، وبعد العقد اتسع فى الجسم ، فلا خيار له عندهم ، وعللوا لهذا بأن رضاه بهذا العيب يعد رضا بما يحدث منه(١) .

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٥٨٤ .

بيان العيوب عند الشيعة الزيدية(١)

العيوب عندهم أيضا ثلاثة أقسام ، قسم يشترك فيه الزوجان ، وقسم خاص بالزوجة ، وقسم خاص بالزوج .

---

(١) الزيدية هم أتباع الإمام زيد بن على بن الحسين بن على بن أبي طالب وقد تتلمذ زيد هذا على واصل بن عطاء زعيم المعتزلة ، وأخذ الأصول عنه ، ولذلك اتخذ الزيدية كلهم الاعتزال مذهبا .

والإمامة أى رياسة الدولة عند الإمام زيد وتابعيه ليست كما يدعى باقى الشيعة أنها ركن من أركان الدين ، والزيدية لا تدعى ، أن الأئمة معصومون عن الخطأ ، ويؤمنون بأن للأمة أن تختار من تشاء إماما ، أى رئيسا للدولة ويجوزون أن يكون الإمام أى رئيس الدولة . أقل فى الفضائل من غيره ، فهم يجوزون إمامة المفضول ، وليست الأفضلية شرطا من شروط الإمامة عندهم .

ويلاحظ أن الزيدية تعتبر قلة بالنسبة إلى غيرهم من باقى الشيعة ، فالشيعة الإمامية هم الغالبية العظمى من الشيعة الآن .

وقد انقسمت الزيدية إلى ثلاث فرق هى الجارودية ، والسليمانية . والبترية أو الصالحية ، فالجارورية هم أصحاب أبى الجارود يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نص على على بن أبى طالب بالوصف دون التسمية ، وقد خالف الجارودية إمامهم زيد بن على فى بعض الأمور .

أما السليمانية فهم أصحاب سليمان بن جرير ، كان يقول بإمامة : المفضول ، واعترف بإمامة أبى بكر وعمر ، وأما البترية ، أو الصالحية ، فهم أصحاب الحسن بن صالح بن حى وكثير النوى الأبتر .

انظر الملل والنحل للشهرستانى ج ١ ص ٣٢ ، ص ١٠٧ وما بعدها ، ومقالات الإسلاميين لأبى الحسن الأشعرى الجزء الأول ص ١٣٢ وما بعدها وانظر الإمام زيد لمحمد أبى زهرة ص ١٠٥ :

العيوب المشتركة بين الزوجين عند الزيدية

العيوب المشتركة عندهم بين الزوجين هى الجنون ، والصرع ، وإن تباعدت نوباته ، والجذام ، والبرص .

فالجنون إذا وجد بأحد الزوجين ، يعد عيبا يثبت به حق التفريق للزوج الآخر ، لأنه مانع من أن يدنو السليم من المجنون لخوفه منه ، فيؤدى إلى فوات المقصود من الزواج .

وإذا كانت الزوجة مجنونة مع التمييز ، فهل يثبت حق التفريق لزوجها أم لا .

عند الزيديه رأيان ، أصحهما لايثبت حق التفريق للزوج ، لأنه يمكنه أن يستمتع بها :

والجذام ، والبرص كذلك من العيوب المشتركة ، التى تثبت حق التفريق للزوج الآخر ، لكن يشترط فى الجذام عند يحيى بن حمزة أن أن يكون فاحشا ، فلا يعد الجذام عيبا إذا كان يسيرا ، وكذلك يشترط عنده فى البرص أن يكون منتشرا فاحشا ، فلا يعد البرص عنده إذا كان لمعة أو لمعتين .

ويرى أحمد بن يحيى المرتضى صاحب البحر الزخار أن المعتبر فيهما هو ماينفر تنفيرا بالغا .

هذه هى العيوب المشتركة بين الزوجين عند الشيعة الزيدية ، قالوا ولا يثبت حق التفريق لأى من الزوجين إذا كان الآخر عقيما ، لأن هذا عندهم لا دليل عليه .

وقد بينوا أن العيب الواحد إذا كان موجودا فى كل منهما فإنه لايكون

نافيا لحق كل منهما فى التفريق ، لأن الإنسان قد يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه .

العيوب الخاصة بالزوجة عند الزيدية

أما العيوب الخاصة بالزوجة عندهم ، فهى الرتق ، والقرن ، والعفل .

وقد فسروا الرتق بأنه انسداد الفرج ، وفسروا القرن بأنه عظم ـ وقيل لحم ـ ينبت بباطن الفرج .

وفسروا العفل بأنه لحم يشبه الأدرة ـ أى انتفاخ الخصية ـ بالفرج .

وقد اشترطوا فى كل من القرن والرتق والعفل أن يكون بحيث يمنع الإيلاج بالمرة وأما لو صعب الإيلاج فقط فلا يعد عيبا فى المرأة .

هل من حق الزوج إجبار الزوجة على إزالة انسداد الفرج ؟

بين الزيدية أنه ليس من حق الزوج إجبار زوجته الرتقاء على أن تجرى جراحة تشق موضع الفرج ، لكى يتمكن الزوج من وطئها ، لأن هذه جناية ، لكن إذ فعلت ذلك سقط حقه فى التفريق لزوال العيب .

العيوب الخاصة بالزوج عند الزيدية

عيوب الزوج عندهم هى الجب ، والخصاء ، والسل ـ بفتح السين ـ والعنة .

وقد اشترطوا فى الجب أن يكون الذكر كله مقطوعا ، أو يكون قد بقى منه مقدار أقل من الحشفة ، وأما إذا بقى بعد الجب مقدار الحشفة فأكثر فلا حق للمرأة فى التفريق ؛ لأن الوطء ممكن فى هذه الحالة

والخصاء ، والسل أيضا من عيوب الزوج ، وكل من الخصاء والسل

فيه ذهاب الخصيتين مع بقاء الذكر ، غير أن الخصاء تقطع الجلدة أيضا مع البيضتين ، وأما السل فإنه تسل البيضتان من الجلدة .

فالفرق - إذن - بين المجبوب ، والخصى ، والمسلول . أن المجبوب هو مقطوع الذكر والأنثيين أى البيضتين ، فالجب هو القطع ، ولذلك تقول القاعدة الشرعية : الإسلام يجب ماقبله ، وأما الخصى فهو مقطوع البيضتين مع بقاء الذكر ، وأما المسلول فهو منزوع البيضتين ، مشتق من سل الشيء أى استخرجه برفق .

والعنين وهو العاجز عن الوطء لعدم الانتشار - يمهل سنة شمسية كاملة والقصد من اشتراط السنة هو أن تمضى فصولها الأربعة عليه لعل أحدها يوافق مزاجه فتذهب عنه العنة ، فالشتاء بارد رطب ، والربيع حار رطب والصيف حار يابس ، والخريف بارد يابس ؛ والإنسان مركب من هذه الأمور الأربعة (١)

بيان العيوب عند الشيعة الإمامية (٢)

لا يوجد عند الشيعة الإمامية إلا عيب واحد مشترك بين الزوجين وهو

---

(١) انظر : الأزهار لأحمد بن مرتضى بن الحسين المهدوى ، مطبوع مع السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ج٢ ص٢٨٩ مع ملاحظة أن غلاف كتاب السيل الجرار للشوكانى الذى شرح فيه متن الأزهار لم يبين عليه اسم مؤلف متن الأزهار ، وقد رجعت فى معرفه اسم مؤلف متن الأزهار إلى كتاب الفكر السامى للحجوى ج ٢ ص ٦٩ ، وانظر البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ج٣ ص ٦٠ وما بعدها

(٢) الإمامية إحدى فرق الشيعة ، وكانت الإمامية ترى أن الإمام الحق أى الخليفة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم هو على بن أبى طالب بنص =

. . . .

= من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم بعده علي بن أبي طالب ابنه الحسن ، ثم أخوه الحسين ، ثم ابنه علي زين العابدين ، ثم ابنه محمد الباقر ، ثم ابنه جعفر الصادق .

ثم افترقت الإمامية من هنا إلى فرقتين :

الفرقة الأولى : فرقة الإسماعيلية : وهؤلاء ساقوا الإمامة بعد جعفر الصادق إلى ولده إسماعيل بالنص من أبيه جعفر ، وقالوا : فائدة النص عليه مع أنه مات قبل أبيه إنما هو بقاء الإمامة في نسله ، ثم يسوقون الإمامة بعد اسماعيل بن جعفر الصادق إلى ابنه محمد المكتوم . وهو أول الأئمة الذين يعتقد الاسماعيلية اختفاءهم ، وتوالى بعده الأئمة المختفون .

وقد سمى هؤلاء بالاسماعيلية لإثباتهم الإمامة بعد جعفر الصادق لإسماعيل ابنه ، ويسمون كذلك بالباطنية لقولهم بالإمام الباطن ، أي المختفي أو لقولهم بأن للقرآن ظاهرا وباطنا ، وأن المراد منه الباطن لا الظاهر ولهم ألقاب أخرى تصل إلى سبعة ألقاب .

والفرقة الثانية فرقة الاثني عشرية وهؤلاء ساقوا الإمامة بعد جعفر الصادق إلى ابنه موسى الكاظم ، لأن أخاه الأكبر إسماعيل قد توفي في حياة أبيهما جعفر ، فنص على إمامة موسى الكاظم ، ثم ابنه علي الرضا ، ثم ابنه محمد التقي ، ثم ابنه علي الهادي ، ثم ابنه الحسن العسكري ، ثم ابنه محمد المهدي المنتظر ، وهو الإمام الثاني عشر . الذي ينتظرونه ، ويزعمون أنه دخل في سرداب خوفا من أعدائه ، وغاب في هذا السرداب ، وسيخرج في آخر الزمان ، فيملأ الأرض عدلا ، كما ملئت جورا وظلما .

انظر مقدمة ابن خلدون ص ١٦٦ – ١٦٨ .

الجنون ، ثم تختص المرأة بستة عيوب ، هى الجذام ، والبرص ، والقرن والإفضاء ، والعمى ،والإقعاد ، وفى الرتق تردد فى كونه يعيب المرأة ، وقد بين صاحب المختصر النافع أنه يميل إلى اعتباره عيبا لأنه يمنع الوطء، وعلى هذا تكون العيوب المختصة بالمرأة سبعة .

ويختص الرجل بثلاثه عيوب : هى الجب ، والخصاء والعنة .

هذه هى العيوب عند الشيعه الإمامية ، فلا ترد المرأة عندهم بالزنا ولو عوقبت عليه . وكذلك لايحق للرجل أن يردها إذا تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيبا ، وفى رواية ينقص مهرها عن مهر البكر

وقد بين الإمامية أن حدوث العيب بعد الدخول لايعطى الحق فى التفريق .

شروط التفريق عند الشيعة الإمامية

اشترط الامامية الفورية حتى يثبت حق التفريق ، أى تكون المطالبة بالتفريق على الفور ، وبينوا أنه لايشترط فى التفريق بين الزوجين بالعيوب أن يرفع الأمر إلى الحاكم ، إلا العنة فإنها تحتاج إلى الرفع للحاكم ، لكى يؤجل العنين سنة من حين الترافع ، يثبت بعدها أن العنة لازالت به أو زالت عنه(١)

بيان العيوب عند الأباضية(٢)

الأباضية أيضا عندهم عيوب مشتركة بين الزوجين ، وعيوب خاصة بالزوجة ، وعيوب خاصة بالزوج ، وإليك بيان كل قسم من هذه الأقسام

---

(١) المختصر النافع فى فقه الإمامية لجعفر بن الحسن الحلى صـ ١٨٦، ١٨٧

(٢) الأباضية إحدى فرق الخوارج ، تنتسب إلى عبد الله بن أباض

. . . .

= التميمي الذي توفى سنة ثمانين من الهجرة في عهد الخليفة الأموي عبد الملك بن مروان وقد ظهر الخوارج في زمن علي بن أبي طالب رضي عنه ، عندما كانت الحرب قائمة بينه وبين معاوية بن أبي سفيان ، فعند ما كانت الحرب بينهما في سهل صفين بالشام قائمة ، وبدا أن الفشل والهزيمة سيكونان في جانب معاوية ، لجأ إلى حيلة رفع المصاحف على رءوس الرماح ، وحينئذ انقسم أتباع علي بن أبي طالب إلى فريقين ، فريق يرى أن هذا خديعة وحيلة من معاوية حتى تكون نتيجة الحرب في جانبه ، ورفضوا إيقاف الحرب ، وفريق رأى أنه ما دام معاوية قد طلب تحكيم كتاب الله تعالى في الخلاف الناشب بينهما فإنه يجب الاستجابة لذلك وإيقاف الحرب . وقد رأى علي بن ابي طالب قبول فكرة التحكيم حتى لا تراق دماء المسلمين في الحرب ، وكان قبوله لفكرة التحكيم سببا في انقسام جيشه وإثارة النزاع بين أتباعه .

فقد انقسم جيش علي إلى فريقين فريق خرج على طاعته وانشق عليه لأنه قبل التحكيم ولم يستمر في الحرب ، وهؤلاء يسمون بالخوارج كانوا ضد علي وضد معاوية ، ونقموا على عثمان أيضا بعض أعماله ، فكانوا ضد علي لأنه قبل التحكيم ، وضد معاوية لما كان له من العصبية ، ونقموا على عثمان أنه آثر أهل بيته بالولايات ، وقد رد الخوارج الأحاديث التي وردت من طريق عثمان ، وعلي ، ومعاوية ومن كان في حزب هؤلاء الثلاثة ، وردوا أيضا أقوالهم في الفقه ولا يعملون إلا بالقليل من السنة ، ولهم أقوال ومسائل في الفقه تتفق ومبادئهم ، منها أن الإنسان يكفر بارتكاب الذنوب الكبيرة كالقتل والزنا وشرب الخمر .

وفريق آخر ظل مواليا لعلي مطيعاً لأوامره ، وهؤلاء يسمون بالشيعة وهؤلاء لا يقبلون في الأحاديث النبوية والأحكام إلا ما كان واردا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وآل بيته ويردون ما سوى ذلك ، =

. . . . . . ، . . . . . .

= ولهم فقه خاص بهم ، ووضعوا أحاديث كثيرة يؤيدون بها مذهبهم .

وبجانب هذين الفريقين كان هناك جمهور المسلمين الذين لم يأخذوا جانب الخوارج ولا جانب الشيعة ، بل كانوا مع على ومعاوية ، ثم مع معاوية بعد على ، وهؤلاء هم الذين تمسكوا بالأحاديث التى صحت عن رسول صلى الله عليه وسلم وفضحوا الكذابين على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودافعوا عن الشريعة حتى أبقاها الله سليمة من كل خيالات الضالين وانتحال المبطلين .

وقد صار لكل طائفة منهج خاص فى الأحكام الشرعية ، وقواعد بنوا عليها الأحكام قد تختلف عن قواعد غيرهم ، وكان لذلك أثر كبير فى الفقه الإسلامى .

وقد انقسم الشيعة إلى فرق وانقسم الخوارج كذلك إلى فرق ، وكان من أشهر فرق الخوارج ، فرقة الأزارقة ، وفرقة الصفرية ، وفرقة النجدات ، وفرقة الأباضية التى تنتسب إلى زعيمها ومؤسس مذهبها عبد الله ابن أباض التيمى[1].

ويعتبر الأباضية من أقرب فرق الخوارج إلى جماعة المسلمين فى آرائهم وتفكيرهم ، فإذا كان الخوارج قد اشتهروا بالشطط والغلو فى آرائهم فالأباضية فى آرائهم بعيدون عن الشطط وأقرب إلى الاعتدال لأن زعيمهم أسس مذهبه على التسامح ولهم كتب مؤلفة فى الفقه موجودة إلى الآن ، انظر الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى لمحمد بن الحسن الحجوى الجزء الأول ص ٢٢٥ ، وكتاب الشهاوى فى تاريخ التشريع الإسلامى للأستاذ إبراهيم الشهاوى ص ٨١ ، ٢٣٨

العيوب المشتركة بين الزوجين عند الأباضية

العيوب المشتركة بين الزوجين عندهم ثلاثة: هى الجنون، والجذام والبرص

فالجنون عند الأباضية عيب يرد به كل من الزوجين، حتى لو صرع مرة بجنون وصحا بعدها عشرين سنة والمراد بالجنون عندهم مايشمل المعتوه

وكذلك البرص والجذام، كل منهما عيب يرد به كل من الزوجين.

ونجد كتب الأباضية تختلف فى تعيين البرص الذى يرد به كل من الزوجين فنجد صاحب شرح كتاب النيل وشفاء العليل يبين أنه يشترط فى البرص الذى يرد به الزوج أن يكون برصا فاحشا، أى كثيرا، ولو كان فى مكان من جسم الزوج بحيث لايظهر، كما إذا كان فى ظهره مثلا، ثم يذكر رأياً يقول بأن البرص الذى يرد به الرجل هو ماظهر فى الوجه أو الذراع، أو الساق ولو كان قليلا، ولم يبين ما إذا كان هذا الرأى رأياً لبعض الأباضية أو لغيرهم وعندما يتكلم عن البرص الذى ترد به الزوجة يبين أيضا أنه يشترط أن يكون فاحشا، غير أنه فسر الفاحش فى جانب الزوجة بأنه ماظهر فى الوجه أو الذراع أو الرجل أو الساق، حتى كان قليلا، ثم ذكر رأياً - لم يبين لنا إذا كان لبعض الإباضية أو لغيرهم - يقول بأن الفاحش هو الكثير ولو فى غير الوجه والذراع والرجل والساق(١)

وبينما نجد هذا ما بينه صاحب شرح كتاب النيل وشفاء العليل نجد صاحب كتاب المدونة الكبرى وهو احد كتب الأباضية أيضا يذكر رأيين فى البرص - لم يبين أيضا أصحابهما - رأيا يقول بأن البرص لايعد عيبا إلا إذا كان كثيرا ولو فى الظهر، ورأيا يقول بأنه يعد عيبا إذا كان فى الوجه ولو كان قليلا(١)

---

(١) شرح كتاب النيل وشفاء العليل، لمحمد بن يوسف أطفيش جـ ٦ ص ٣٨٦، ٣٨٧

(٢) المدونة الكبرى، لأبى غانم الخراسانى الأباضى جـ ٢ ص ٢٦

العيوب المختصة بالزوجة عند الأباضية

تختص الزوجة عندهم بعيبين ، هما العفل ، والرتق ، فالعفلاء عندهم هى التى خرج من فرجها شىء كخصية الرجل ، وقيل أن يكون فى فرجها لحمة تتدلى عليه فتمنع الجماع .

وأما الرتق فقد فسروه بأنه التحام فرج المرأة كالصفاة لاشق فيه ولا يكون فيه جماع .

العيوب المختصة بالزوج عند الأباضية

العيوب المختصة بالزوج عندهم هى قطع الذكر من أصله أو غير أصله ، وقطع الخصيتين ، وطول الذكر بمقدار اثنى عشرة إصبعا عرضا ، والعنة ، والفتل .

وقد اختلفوا فى معنى العنين ، فقيل هو من لا يريد النساء ، وقيل من به عجز عنهن ، وقيل أن يكون صغير الذكر إلى درجة أن يكون مثل حبة الفول ، وقال بعضهم حد صغر الذكر أن يكون أقل من عرض أربع أصابع يتعذر منه اقتضاض البكر .

وقد فسروا الفتل بأنه استرخاء الذكر بحيث يكون كالفتيلة ، وجوزوا أن يفسر بانسداد فى ذكره ، ويجوز للمرأة عند بعضهم أن ترد الرجل إذا وصل طول ذكره إلى اثنى عشرة أصبعا عرضا(١) .

وبعد ، فهذه هى العيوب عند جمهور العلماء الذين يرون أنه يثبت حق التفريق لكل من الزوجين بالعيوب التى تمنع الاستمتاع ، ولننتقل بعد ذلك إلى الكلام عن قضايا تتعلق بهذه العيوب .

---

(١) شرح كتاب النيل وشفاء العليل حـ ٦ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، والمدونة الكبرى حـ ٢ ص ٢٣ — ٢٦ .

تأجيل العنين سنة للاختبار

إذا ادعت الزوجة أن زوجها عنين ، فما الذى يجب فى هذه الحال ؟
اختلف العلماء فى هذا على رأيين :

الرأى الأول

أنه يؤجل سنة ، وهو ما يراه جمهور العلماء ؛ ومنهم عمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان ، وعبد الله بن مسعود ، والمغيرة بن شعبة ، وسعيد بن المسيب وعطاء ، وعمرو بن دينار ، والنخعى ، وقتادة ، وحماد بن أبى سليمان ، وعليه فتوى فقهاء الأمصار ، منهم مالك بن أنس ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق بن راهويه ، وأبو عبيد

وقد بين الحنفية أن الخصى يؤجل سنة كما يؤجل العنين ، وعللوا هذا بأن وطء الخصى مرجو ، لأن آله الخصى موجودة ، وإنما سلت خصيتاه أو وجىء ، والموجوء هو الذى رض خصيتاه . قال الكمال بن الهمام : قال لى بعض أهل الماشية : إنه تمرس الخصيتان ، وهو صغير مرسا شديدا ، ثم يحبسان إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهره ، فلا يعودان ، ويكون نشيطا كثير الجماع إلا أنه لا يحبل(١) .

الرأى الثانى

لا يؤجل العنين ، وليس لها حق فى طلب التفريق ، وهذا ما يراه الحكم ابن عيينة ، وداود بن على الظاهرى ، وابن حزم وأتباعهما ، وهو أيضا مروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه(٢) .

---

(١) المغنى ح ٧ ص ٦٠٣ ، والشرح الصغير ح ٢ ص ٢٧٠ ، ومغنى المحتاج ح ٣ ص ٢٠٥ ، والمختار من كتاب اللباب ص ٤٨١ ، وفتح القدير ح٣ ص٢٦٥
(٢) المغنى ح ٧ ص ٦٠٣ ، وبدائع الصنائع ح ٣ ص ١٥٢٧ .

دليل الرأى الأول

أما الرأى الأول فقد استدل له بما يأتى :

أولا : ما رواه الدارقطنى باسناده أن عمر رضى الله عنه أجل العنين سنة ، وكذلك رواه الدارقطنى عن ابن مسعود ، والمغيرة بن شعبة ، ولم يثبت أن أحدا من الصحابة خالفهم فى هذا الرأى ، فيكون إجماعا ، وروى عن على ابن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال : يؤجل سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما.

ثانيا : أن العنة عيب فى الرجل يمنعه من الوطء ، فيثبت به الخيار ، كما يثبت الخيار للمرأة إذا كان الرجل مجبوبا ، وكما يثبت الخيار للرجل إذا كانت المرأة رتقاء(١) .

دليل الرأى الثانى

وأما الرأى الثانى فقد استدل له بما رواه الزهرى عن عروة بن الزبير أن عائشة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أخبرته أن رفاعة القرظى طلق امرأته ، فتزوجت بعده عبد الرحمن ابن الزبير ؛ فجاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يارسول الله ، إنها كانت تحت رفاعة ، فطلقها آخر ثلاث تطليقات ، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، وإنه - والله - مامعه إلا مثل هذه الهدبة ، وأخذت بهدبة من جلبابها ، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا ، وقال : لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ، لا ، حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » .

ووجه الدلالة ، أن المرأة بينت أن زوجها لم يطأها ، وأن عضوه كالهدبة لاينتشر إليها ، وتشكو ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد أن تفارقه ، فلم يؤجل لها الرسول صلى الله عليه وسلم شيئا ولا فرق بينهما(٢) .

---

(١) المحلى حـ ١٠ ص ٦٣ .   (٢) المحلى حـ ١٠ ص ٦٣ .

هذا ، وقد ذكرنا سابقا ما نوقشت به هذه الأدلة لكلا الرأيين عند ذكرنا لآراء العلماء فى التفريق بين الزوجين بالعيوب ، وتبين هناك رجحان ما يراه جمهور العلماء ، وهو أنه ثبت التفريق بين الزوجين بعيب العنة ، وثبت أنه يضرب للعنين سنة ، ولا نرى داعيا لذكر هذه المناقشة ، وقد ذكرنا الرأيين هنا وأدلتهما تأكيدا لضرب السنة للعنين ، وكان المقصد الأصلى هناك عند حكاية آراء العلماء فى التفريق بالعيوب ، أن نبين الأدلة على أن العنة عيب يثبت حق التفريق للمرأة ، وأما المقصد هنا فهو بيان أن العنين تضرب له سنة .

وقد بين أصحاب الرأى القائل بضرب سنة للعنين الحكمة فى كون المدة سنة ، وهى أن هذا العجز عن الوطء قد يكون لوجود عنة أو لوجود مرض ، فيؤجل سنة لكى تمر عليه الفصول الحرارة . فإن كان العجز عن الوطء سببه يبس زال فى فصل الرطوبة ، وإن كان سببه رطوبة زال فى فصل اليبس ، وإن كان من البرودة زال فى فصل الحرارة ، وإن كان من انحراف مزاج زال فى فصل الاعتدال ، فإذا مضت الفصول الأربعة ، واختلفت عليه الأهوية ، ومع ذلك بقى على حاله علمنا أنه خلقة(١) .

وأيضا فإنه كما يحتمل أن يكون عدم وصول الزوج إليها قبل التأجيل لوجود العنة أو المرض ، يحتمل أيضاً أن يكون عدم وصوله إلى زوجته لأنه يكرهها مع القدرة على الوصول ، فإذا أجله القاضى أو الحاكم فالظاهر أن الزوج لا يمتنع عن وطء زوجته إلا لعجزه بالفعل ، لأنه لو كان قادرا على الوطء لما امتنع منه لأن هذا يسبب له العار والعيب .

فالمرأة التى تدعى أن زوجها عنين يلزمها أن ترفع الأمر إلى القاضى ، فإذا طلبت الفرقة ، فإن القاضى يسأله هل وصل إليها أو لم يصل ، فإن أقر بعدم

(١) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد مع المغنى ﺣ ٧ ص ٥٧١ وبدائع الصنائع ﺣ ٣ ص ١٥٣

الوصول إليها أجله القاضى سنة ، سواء أكانت الزوجة بكرا أم ثيبا .

وروى عن عبدالله بن نوفل أنه قال : يؤجل عشرة أشهر ، لكن هذا القول مخالف لإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنهم أجلوا العنين سنة . وعبد الله بن نوفل اختلف فيه هل هو صحابى أو تابعى فهو إذن يحتمل أن يكون تابعيا ، وعلى ذلك فقد سبقه إجماع الصحابة فلا يكون خلافه قادحا فى حصول الإجماع ، صحيح أنه كما يحتمل أن يكون تابعيا يحتمل أن يكون صحابيا ، لكن الخلاف مع الاحتمال لايكون قادحا فى حصول الإجماع(١).

فإذا انتهت السنة المضروبة للزوج ولم يحصل منه وطء رفعت المرأة الأمر ثانية إلى القاضى ، فلا يحق لها أن تفسخ بلا رفع إلى القاضى،وذلك لأن مدار الأمر هنا على الدعوى ، والإقرار ، والإنكار، واليمين،فيحتاج إلى نظر القاضى واجتهاده(٢) .

وإذا انتهت السنة فطلب العنين من القاضى أن يؤجله سنة أخرى لايصح للقاضى أن يستجيب لطلبه إلا إذا رضيت الزوجة ، وذلك لأنه قد ثبت لها حق التفريق ، فإذا أجله القاضى ثانية فإنه فى هذا تأخيرا لحقها فلا يجوز من غير رضا الزوجة .

ثم إذا اتفق الزوجان بعد تمام السنة المضروبة للعنين على أن الزوج قد وصل إليها فهى زوجته ولا خيار لها فى فسخ الزواج(٣) :

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٣ ص ١٥٢٩

(٢) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٦

(٣) بدائع الصنائع حـ ٣ ص ١٥٢٢

ابتداء السنة

تبدأ السنة التى تضرب للعنين من وقت أن يترافعا إلى الحاكم ، ولا يحسب على الزوج ماقبل ذلك[١] ويرى المالكية أن السنة تبدأ من يوم حكم القاضى لا من يوم الرفع ، فإن لم يترافعا وتراضيا على التأجيل فمن يوم التراضى[٢] .

فإذا مضت السنة ومع ذلك لم يحصل من الزوج وطء فقد تبين أن العجز عن الوطء إنما كان لوجود آفة أصلية . ففات الإمساك بالمعروف الذى أمر به الله تعالى الأزواج ، ووجب على الزوج أن يسرح الزوجة بالإحسان ، وإذن فقد ثبت للزوجة حق التفريق ، فإن طلبت التفريق فلا يجوز إلا بحكم الحاكم ، فإما أن يفسخ الحاكم وإما أن يرد الأمر إليها فتفسخ هى .

ولا يجوز أن يفسخ حتى تختار المرأة الفسخ وتطلبه ، وذلك لأن الفسخ حقها فلا تجبر على استيفاء حقها ، كما هو الحال فى الفسخ إذا أعسر الزوج بنفقة الزوجة[٣]

لو رضيت الزوجة فى أثناء السنة

لو رضيت الزوجة فى أثناء السنة ، أو قبل أن يضرب القاضى المدة للزوج ، فما الحكم ؟ اختلف العلماء فى هذا على رأيين :

---

(١) فتح القدير ح ٣ ص ٢٦٣ والبدائع ج ٣ ص ١٥٤٠ ، والمغنى ج ٧ ص ٦٠٣ .

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢٥١

(٣) المغنى ح ٧ ص ٦٠٥

الرأى الأول

أن حق المرأة فى الفسخ لا يبطل ، ولها الحق فى الفسخ بعد مضى المدة ، وذلك لأن حقها فى الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة ، فلا يصح إسقاطه قبل انقضاء المدة ، فإذا رضيت بإسقاط حقها قبل أن يثبت فلا يسقط ، كما إذا عفا من له حق الشفعة قبل أن يبيع المالك .

وهذا الرأى هو ما يراه الشافعى رضى الله عنه (١)

الرأى الثانى

أن حق المرأة يبطل فى الفسخ ، وهو ما يراه الحنابلة ، وقد استدلوا على رأيهم بأن المرأة قد رضيت بالعيب بعد العقد ، فسقط خيارها كسائر العيوب الأخرى ، وكما هو الحكم فيما إذا رضيت به عنينا بعد انقضاء المدة .

وقد أجاب ابن قدامة على ما استند إليه رأى الشافعى بأن القول بأن حق المرأة فى الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح إسقاطه قبلها ، هذا القول غير صحيح ، وذلك لأن العنة التى هى سبب الفسخ موجودة ، وإنما تضرب المدة لكى نعلم وجودها ويتحقق العلم بها ، فالمدة كالبينة لا توجد شيئا ، وإنما هى وسيلة للعلم بوجود هذا الشىء .

والفرق موجود بين مانحن فيه والشفعة ، وذلك لأن الشفعة سببها البيع ، والبيع لم يوجد بعد .

فإن قال قائل إن المرأة إذا رضيت بإعسار زوجها بالنفقة الواجبة لها ، ثم اختارت الفسخ كان لها الحق فيه ، فالجواب أن الفرق بينهما أن النفقة

---

(١) مغنى المحتاج حـ٣ صـ٢٠٧

يتجدد وجوبها كل يوم ، فإذا رضيت المرأة بإسقاط ما يجب لها فى المستقبل لم يسقط . وذلك لأنها أسقطت حقها قبل وجوبه ، فأشبه إسقاط حق الشفعة قبل البيع ، بخلاف العيب .

وأيضا فلأن إعسار الزوج بالنفقة يرجى أن يعقبه اليسار ، فترضى الزوجة بالمقام معه وهى راجية ذلك ، وأما العنين فإنه إذا رضيت المرأة بعنته فقد رضيت بالعجز عن الوطء من طريق الخلقة ، وهو معنى جرت العادة فيه ألا يزول(١) .

المراد بالسنة المضروبة للعنين

المراد بالسنة المضروبة أجلا للعنـــين كما قال بعض العلماء هو السنة الهلالية ، وهى — كما قال بعض العلماء — ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما ، وثمان ساعات ، وثمان وأربعون دقيقة ، وهذه الساعات والدقائق تساوى ثلث يوم وثلث عشر يوم .

والسنة الهلالية هى التى تفهم من كلام العلماء ، لكن تعليلهم اشتراطها بالفصول الأربعة يوهم أن المراد بها السنة الشمسية ، لكن ما بينهما فى النهاية متقارب . (٢) .

والسنة الشمسية أزيد من القمرية بأحد عشر يوما وخمس ساعات ، وخمس وخمسين دقيقة ، أو تسع وأربعين دقيقة .(٣)

وقد روى عن أبى حنيفة أنه يؤجل سنة شمسية ، وحكى أيضا هذا عن بعض أصحاب أبى حنيفة

---

(١) المغنى حـ ٧ ص ٦١٠

(٢) الاختيارات العلمية فى اختيارات ابن تيمية ص١٣١

(٣) حاشية ابن عابدين حـ٢ ص٣١١

ويمكن أن يعلل لهذا الرأى بأن الفصول الأربعة لاتكتمل إلا بالسنة الشمسية ، لأنها تزيد على السنة القمرية بأيام ، فيكون من المحتمل أن تزول العنة فى المدة التى تفرق بين السنة الشمسية والسنة القمرية ، وعلى ذلك فيكون التأجيل بالسنة الشمسية أولى من السنة القمرية .

وأما الرأى الآخر القائل بأن التأجيل بسنة هلالية فيستند إلى أدلة من الكتاب الكريم ، والسنة النبوية .

أما الكتاب فقوله تعالى : « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج[1] » .

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله سبحانه قد جعل بفضله ورحمته الهلال معرفا للناس الأوقات والمدد ، ومعرفا لهم وقت الحج ، لأنه لو جعل معرفة ذلك بالأيام لكان حساب ذلك شديداً على الناس ، ولتعذر عليهم أن يعرفوا السنين ، والشهور ، والأيام .

وأما السنة ، فما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب فى الموسم ، وقال فى خطبته : ألا إن الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والأرض ، السنة اثنا عشر شهرا ، أربعة حرم ، ثلاث متواليات :

ذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم ، ورجب مضر الذى بين جمادى وشعبان ، ثلاثة سرد[2] ، وواحد فرد .

والشهر يطلق فى لغة العرب اسما للهلال ، فيقال : رأيت الشهر أى رأيت الهلال ، وقيل ماسمى الشهر شهرا إلا لشهرته والشهرة للهلال .

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٩

(٢) سرد ، أى متوالية .

فإذا كان الصحابة أجلوا العنين سنة ،فإن السنة اثنا عشر شهرا ، والشهر اسم للهلال ، فتكون السنة التى أجلوا العنين فيها سنة هلالية ، وهى السنة القمرية(١).

هذا وقد بين العلماء أنه إذا كان ابتداء السنة فى أثناء الشهر فإنه يكمل ثلاثين يوما من الشهر الثالث عشر .

ولا فرق فى ضرب السنة بين الحر والعبد ، ولا بين المسلم وغيره ، لأن هذا أمر طبيعى يوجد فى كل إنسان ، فهو أشبه بالحيض والرضاع ، فلا يختلفون فى كون المدة سنة(٢)

وهذا مايراه جمهور الفقهاء ، ويرى بعض العلماء أن العبد يؤجل ستة أشهر ، لأن الأحكام بالنسبة للعبد على النصف من الحر ، ومن العلماء الذين قالوا بهذا الرأى مالك بن أنس رضى الله عنه .

ورأى الجمهور هو الأقوى ، لأن السنة جعلت لكى يختبر فيها الزوج فى فصول السنة الأربعة فقد يكون الدواء نافعا فى فصل دون فصل ، وهذا أمر يستوى فيه البشر ، لا فرق فى ذلك بين الحر والعبد(٣) .

تحتسب أيام الحيض وأيام رمضان من السنة

هل يحق للزوج الذى ادعت زوجته عليه العنة . وضرب له القاضى سنة للاختبار ، أن يطالب بعدم احتساب مدة الحيض فى زوجته لأنه ممنوع شرعا من جماعها وهى حائض بقوله تعالى : « يسألونك عن المحيض قل هو

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٣ ص ١٥٢٩
(٢) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٦
(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ص ٢٥١

أذى ، فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله » وهل له أن يطالب بعدم احتساب شهر رمضان من السنة لأن الصائم ممنوع من الاتصال الجنسى فى نهار رمضان ، فإن ذلك يبطل الصوم ويوجب الكفارة .

بين العلماء أنه تحتسب أيام الحيض من السنة لوجودها فى السنة يقينا وعادة(١) ، وكذلك يحتسب شهر رمضان ، وذلك لأن الصحابة رضى الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ، ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع أنهم يعلمون أن السنة لاتخلو عنها .

هل تحتسب أيام مرض أحد الزوجين من السنة ؟

يرى الحنفية أن الأيام التى يمرض فيها الزوج ، أو تمرض فيها الزوجة لاتحتسب من السنة ، لأن السنة قد تخلو عن المرض ، فليس المعنى فى المرض هو المعنى فى أيام الحيض وشهر رمضان ، ولهذا يجب أن يعوض عن أيام المرض من أيام أخر .

وروى عن أبى يوسف صاحب أبى حنيفة أنه إذا مرض أحد الزوجين مرضا لا يستطيع الجماع معه ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه ، وإن كان أكثر من نصف شهر لم يحتسب عليه وعوض من أيام أخر ، لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الجماع فى شهر رمضان أثناء الليل ممنوع من الجماع أثناء النهار ، قال الله تعالى : « أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن ، علم الله أنكم كنتم تختانون

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٧ وفتح القدير حـ ٢ ص ٢٦٦

أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم ، فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم ، وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل » الآية (١) .

وإذا كان الصائم ممنوعا من الجماع أثناء النهار ، فالنهار بدون الليل يكون نصف شهر ، فثبت أن نصف الشهر محسوب عليه .

وهذه أصح الروايات عن أبي يوسف ، وفي رواية أخرى أن ما فوق الشهر كذلك لايحتسب (٢) .

وأما الشافعية فيرون أن مرض الزوج في المدة لا يمنع حسبان المدة ، وأما إذا مرضت الزوجة في المدة فلا يحتسب أيام مرضها . وعللوا هذا الرأى بأن عدم الوطء حينئذ - أى فى حالة مرضها فى المدة - يضاف إليها ، فهي التي كان مرضها سببا في عدم حصول الوطء من الزوج (٣) .

وأما المالكية فإنهم بينوا أن المدة تبدأ من يوم الحكم من القاضى ، وإذا كان الزوج مريضا بمرض آخر غير مرض الاعتراض ، فإنه يجب على القاضى أنه يؤجله سنة بعد أن يشفى من هذا المرض ، وذلك لأن هذا المرض قد يمنع شفاءه من عيب الاعتراض ، فابتداء المدة من يوم حكم القاضى بشرط أن يكون الزوج صحيحا معافا من مرض غير الاعتراض .

ولو مرض الزوج بعد الحكم. فنجد المالكية مختلفين في هذا ، فيرى ابن القاسم أنه تحتسب عليه أيام المرض سواء أكان المرض فى بعض السنة

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٧

(٢) فتح القدير ، وشرح العناية على الهداية حـ ٣ ص ٢٦٦ · ٢٦٧

(٣) مغنى المحتاج حـ ٣ ٢٠٧

أو استغرق جميع السنة ، وسواء أكان يقدر فى مرضه هذا على العلاج من هذا المرض أم لا ، فلا يزاد على السنة ، بل يطالب بالفرقة بمجرد أن تنتهى السنة .

ويرى ابن رشد أن المرض إن كان شديدا فإنه يجب أن يزاد على السنة بقدر زمن مرضه .

ويرى أصبغ أنه يفرق فى الحكم بين ما إذا كان المرض قد عم جميع السنة وما إذا كان المرض فى بعض السنة ، فإذا كان المرض قد عم جميع السنة وجب أن تستأنف السنة للزوج ، وأما إذا كان المرض فى بعض السنة ولم يستغرقها كلها فلا يزاد على السنة بقدر زمان المرض (١) .

إذا وطىء الزوج زوجته مرة

إذا ثبت أن الزوج وطىء زوجته مرة ثم عجز عن أن يطأها بعد ذلك فقد اختلف العلماء فى ذلك على رأيين :

الرأى الأول

لا تسمع دعوى المرأة فى ذلك ، فلا يضرب القاضى لزوجها مدة السنة ، فليس لها حق التفريق ، وهذا ما يراه أكثر أهل العلم ، ومنهم عطاء ، وطاوس والحسن البصرى ، ويحيى الأنصارى ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، وقتادة والمالكية ، والحنفية والأوزاعى ، والشافعية ، وإسحاق بن راهويه ، وأبو عبيد .

وبين المالكية أنه إذا كان الزوج هو المتسبب فى حدوث الاعتراض ـ أى عدم انتشار ذكره — بعد أن حدث منه وطء لزوجته ، فإن المرأة حينئذ لها الحق فى التفريق ، وأما إذا لم يكن الزوج هو المتسبب فى حدوث

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ح٢ص ٢٥١ .

الاعتراض فهو مصيبة نزلت بالزوجة أى فيجب أن تصبر على حاله معها .

الرأى الثانى

أنه يؤجل للمرأة إذا عجز زوجها عن وطئها ولو كان قد وطئها مرة قبل ذلك ، وهذا ما يراه أبو ثور .

دليل الرأى الأول

أن الزوج قد جعل المرأة تصل إلى حقها بالوطء مرة واحدة ، فالزواج يثبت للمرأة الحق فى الوطء مرة ، والخيار فى فسخ عقد الزواج إنما ثبت لتفويت الحق المستحق للمرأة ، ولم يوجد هذا التفويت لحقها .

فالوطء مرة واحدة هو حق المرأة ، وما زاد على المرة الواحدة فهو تستحقه ديانة لا قضاء ، أى بينه وبين الله تعالى ولا يحكم به القاضى ، ويأثم الزوج إذا ترك الديانة متعنتا مع القدرة على الوطء[1] .

دليل الرأى الثانى

وأما الرأى الثانى فقد استند إلى أن الزوج قد عجز عن وطء الزوجة ، فيثبت حقها فى التفريق ، قياسا على ما إذا أصبح الرجل بعد حدوث الوطء منه مجبوبا ، أى قطع ذكره بعد أن حصل منه وطء لزوجته .

وأجاب المخالفون لهذا الرأى على هذا الاستدلال ، بأن العنة تفترق عن الجب فى أن الجب حصل به اليأس من حصول الوطء بعد ذلك ، وأما العنة فإن رجاء شفاء الزوج منها موجود ، فالجب لا شفاء له لأن

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٠٩ ، ٦١٠

العضو قد قطع وانتهى ، والعنة لا يأس من الشفاء منها(١) .

الوطء الذى يخرج بالزوج عن العنة

الوطء الذى يدل على أن الزوج ليس عنيناً هو أن يغيب حشفته كلها أى رأس الذكر فى الفرج ، وذلك لأن الأحكام المتعلقة بالوطء ، كثبوت الإحصان للزوجين ، ووجوب عقوبة الزنا ، ووجوب الغسل ، ووجوب المهر كاملا ، وإفساد الصوم ، وإحلال المطلقة ثلاثا للزوج الأول ، إنما تتعلق بتغييب الحشفة ، ولا تتعلق بتغييب أقل من الحشفة .

فإن كان ذكره مقطوع الحشفة ، فقد اختلف العلماء فيه على رأيين:

الرأى الأول : أنه لا يخرج عن العنة إلا إذا غيب جميع الباقى من الذكر ، وذلك لأمرين :

الأمر الأول : أنه إذا كان الذكر سليما فهناك حد يمكن أن نعتبره وهو الحشفة ، وأما إذا كان مقطوعا فإنه لا يوجد هناك حد معين يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميع الباقى .

الأمر الثانى : أن هذا هو المعنى الذى يتحقق به حصول حكم الوطء .

الرأى الثانى : وأما الرأى الثانى فيقول بأنه يكفى تغييب قدر الحشفة فى الفرج ، وذلك ليكون ما يكفى من مقطوع الذكر مثل ما يكفى من الصحيح(٢) .

---

(١) المغنى حـ ٧ ص ٦١٠ ، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢٤٨ ، وبدائع الصنائع حـ ٣ ص ١٥٣٢ ، وحاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٦٠٩ ، ومغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٣ .

(٢) المهذب للشيرازى حـ ٢ ص ٤٩ ، والمغنى حـ ٧ ص ٦١١ ، وحاشية ابن عابدين حـ ٢ ص ٦٠٩ .

إذا غاب الزوج أو غابت الزوجة

إذا غاب الزوج الذى ادعت زوجته أنه عنين بعد أن ضرب له القاضى مدة سنة لـكى يختبر فيها ، أو أدى الحج ، فقد صرح العلماء بأنه تحتسب عليه مدة غيابه أو حجه من السنة المضروبة له .

وقد عللوا هذا الحـكم بأن العجز عن الوطء إنما جاء بفعله هو ، وفى إمكانه أن يخرج زوجته معه فى الغيبة التى سيغيبها أو الحـج ، أو يؤخر الغيبة أو الحج .

وأما إذا غابت الزوجة ، أو حجت فـلا يحتسب على الزوج مدة غيابها وحجها ، لأن العجز عن الوطء قد جاء من ناحيتها لا من ناحيته ، فيـكون ذلك عذراً للزوج ، فيعوض عن أيام غيبتها أو حجها .

إذا حبس الزوج

وإذا حبس الزوج ، حتى لو كان الحبس نتيجة لعجزه عن المهر ، فقال الحنفية : إما أن تمتنع الزوجة عن المجىء إلى مكان حبسه ، أو لم تمتنع .

فإذا امتنعت عن المجىء إلى السجن فإن المدة لا تحتسب عليه ، وإن لم تمتنع ، فإما أن يـكون هناك موضع خلوة يمكنه أن يجامعها فيه أولا .

فإذا كان هناك موضع خلوة يمكنه أن يجامعها فيه احتسب عليه ، وإن لم يـكن له موضع خلوة يمكنه أن يجامعها فيه لم يحتسب عليه(١) .

وقال الشافعية إن حبس الزوج لا يمنع احتساب المدة فـكما أن مرض الزوج لا يمنع احتساب المدة فـكذلك حبس الزوج لا يمنعها ، وأما إذا حبست المرأة أوسافرت فإن مدة حبسها أوسفرها لا تحتسب من السنة ، لأن عـدم الوطء بسبب يعود إلى الزوجة(٢) .

---

(١) فتح القدير حـ ٣ ص ٢٦٦ .

(٢) مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٧ .

إن قطع ذكر العنين قبل انتهاء السنة

إذا رفعت زوجة العنين الأمر إلى القاضى ، فضرب له القاضى المدة، وهى السنة التى يجب على الزوجة أن تنتظره فيها للاختبار ، فلم يصل اليها حتى قطع ذكره قبل أن تنتهى السنة ، فهل ننتظر حتى تنتهى السنة ، أو أنه يثبت للزوجة الخيار فى فسخ الزواج فى الحال ؟

أجاب العلماء عن هذا بأنه يثبت الخيار فى فسخ الزواج للزوجة فى الحال، هل ترضى به مع هذا العيب ، أم تفضل التفريق بينهما ، وذلك لأننا ننتظر انتهاء السنة حتى نعلم أن الزوج عاجز عن الوطء ، وقد علمنا أنه الآن عاجز عن الوطء يقينا ، فلا حاجة إذن تدعونا إلى أن ننتظر حتى تنتهى السنة(١).

إذا وطئها فى الدبر

إذا وطىء الزوج الذى ادعت زوجته أنه عنين زوجته فى دبرها ، فهل يخرجه هذا عن وصف العنة ؟

أجاب جمهور العلماء عن هذا بأن الوطء فى الدبر لا يخرجه عن العنة ، وذلك لأن الدبر ليس محلا صالحا للوطء ، فكان شبيها بما لو وطئها فيما دون الفرج ، كما لو وطئها بين فخذيها أو بين ثدييها ، ولهذا لو طلق الزوج زوجته ثلاث تطليقات متفرقات فإنها لا تحل له حتى تتزوج غيره . ويطؤها الزوج الثانى فى الفرج ، فلو وطئها الزوج الثانى فى دبرها ثم طلقها فإنها لا تحل للزوج الأول بهذا الوطء

---

(١) المغنى حـ ٧ ص ٦١٣ ، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى حـ ٢ ص ٢٥٢ .

فى الدبر ، وأيضا لا يحصل بالوطء فى الدبر صفة الإحصان التى يترتب عليها رجم الزانى ، فمن المقرر شرعا أن الزانى تختلف عقوبته بحسب حاله بالنظر إلى الإحصان وعدمه ، فإما أن يكون محصنا أى متزوجا أو غير محصن ، فإن كان غير محصن أى غير متزوج ، فإن عقوبته هى الجلد مائة جلدة ، وأما إن كان محصنا فإن عقوبته هى الإعدام رجما بالحجارة ، ومن شرط الإحصان أن يكون متزوجا كما قلنا وأن يكون قد وطىء زوجته فى فرجها ، فلو وطئها فى دبرها ، ثم حصلت منه جريمة الزنا فإنه لا يكون محصنا فلا يعاقب بالرجم بل يعاقب بالجلد(١) .

وخالف الإمامية إحدى فرق الشيعة ، فقالوا إن استطاع أن يطأها فى دبرها أخرجه ذلك عن وصف العنة(٢) .

وكذلك اختار ابن عقيل أحد فقهاء الحنابلة أنه إن وطىء زوجته فى دبرها انتفت عنه صفة العنة ، لأن الوطء فى الدبر أصعب من الوطء فى الفرج ، فمن قدر على الوطء فى الدبر ، فهو على الوطء فى الفرج أقدر(٣) .

ويمكن أن يجاب على هذا ، بأن الإدخال فى الدبر ، وإن كان أشد من الإدخال فى الفرج لكنه قد يكون الزوج ممنوعا عن الإدخال فى الفرج بسبب السحر(٤) .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٦١١ وكشاف القناع جـ ٥ ص ١٠٧ ، وحاشية ابن عابدين جـ٢ ص٦٠٩ .

(٢) المختصر النافع فى فقه الامامية ص ١٨٧ .

(٣) المغنى جـ ٧ ص٦١٢ وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص٦٠٩

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٠٩

إن وطئها وهى حائض

من الأمور المقررة شرعا أنه يحرم على الزوج أن يطأ زوجته وهى حائض ، لقوله تعالى : «ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين»(١) :

وكذلك يحرم وطء النفساء بالإجماع ، أى المرأة التى لازال بها الدم الذى يعقب الولادة .

وكذلك يحرم على الزوج أن يجامع زوجته إن كانت قد أحرمت بالحج أو العمرة ، ويحرم عليه كذلك أن يجامعها وهى صائمة فى رمضان .

فإذا وطىء الزوج الذى ادعت زوجته أنه عنين ، وطئها فى فرجها ، وهى حائض ، أو نفساء ، أو وهى محرمة بالحج أو العمرة ، أو صائمة فى رمضان ، فمع حرمة هذا الوطء هل يخرجه هذا عن وصف العنة أم لا ؟

اختلف العلماء فى هذا على رأيين :

أحدهما : أن ذلك يخرجه عن وصف العنة .

والثانى أن ذلك لا يخرجه عن وصف العنة .

مستند الرأى الأول

استند الرأى الأول إلى أمرين :

الأمر الأول : أن ذلك وطء قد حصل فى محل الوطء ، وهو الفرج ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٢ .

صرح به عن العنة ، قياسا على ما إذا وطئها ، وهى مريضة يضرها الوطء ، فإنه بوطئها وهى مريضة يضرها الوطء فإن ذلك يخرجه عن العنة ، فكذلك هنا .

الأمر الثانى : أن حقيقة العنة أنها العجز عن الوطء ، فإذا وجد الوطء فى الفرج فإنه لا يبقى العجز ، لأن القدرة على الوطء والعجز عنه كل منهما ضد الآخر ،

فإذا وجد أحدهما فلا يبقى ما هو ضده .

مستند الرأى الثانى

وأما الرأى الثانى فقد استند إلى ما يأتى :

أولا : أن هذا الوطء يحرمه الشرع ، فكان أشبه بالوطء فى الدبر[1].

وأجيب بأن هناك فرقا بين ما إذا وطئها فى الفرج وهى حائض ، أو نفساء ، أو محرمة ، أو صائمة ، والوطء فى الدبر ، وذلك أن الوطء فى الدبر ليس وطئا فى محل الوطء ، بخلاف مسألتنا ، فهى وطء فى محل الوطء .

ثانيا : أن وطء الزوج لزوجته فى فرجها وهى حائض ، أو نفساء ، أو محرمة بالحج ، أو العمرة لا يحصل به الإحصان ، والإباحة للزوج الأول فهو إذن وطء لا يؤثر .

وحتى نبين للقارىء معنى عدم حصول الإحصان بهذا الوطء وعدم

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٦١١، ٦١٢ وكشاف القناع ج ٥ ص ١٠٧ ، والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٤٩ .

حصول الاباحة للزوج الأول ، تقول إن العقوبة فى جريمة الزنا تختلف باختلاف الشخص من ناحية كونه محصنا أو غير محصن ، فالمحصن عقوبته الرجم بالحجارة وغير المحصن عقوبته الجلد مائة جلدة ، والمحصن هو البالغ الذى تزوج زواجا صحيحا ثم وطىء زوجته ، وهى فى حالة يجوز له فيها أن يطأها مع شروط أخرى مختلف فيها بين العلماء ، فإن كان تزوج زواجا صحيحا لكنه لم يطأ زوجته فى حالة يجوز له فيها أن يطأها ، بل وطىء زوجته وطئا محرما ، بأن كان وطئها وهى حائض أو نفساء أو محرمة بالحج ، أو بالعمرة ، أوصائمة رمضان . فلا تتحقق فيه صفة الاحصان عند بعض العلماء فإذا حصل منه الزنا فإنه يعاقب عقوبة غير المحصن وهى الجلد .

هذا من ناحية بيان عدم حصول الاحصان بهذا الوطء ؛ وأما من ناحية بيان عدم حصول الاباحة بهذا الوطء للزوج الأول فنقول إن الزوج إذا طلق زوجته المرة الثالثة فإنها لا تحل له إلا إذا تزوجت غيره ووطئها هذا الزوج الآخر ، فى حالة يجوز له فيها هذا الوطء .

وأما إذا تزوجها الرجل الآخر ، لكنه لم يطأها فى حالة يجوز له فيها أن يطأها ، بل وطئها وطئا محرما بأن كان وطئها وهى حائض ، او نفساء ، أو محرمة بالحج أو بالعمرة ، أوصائمة رمضان فلا تحل للزوج الأول بهذا الوطء عند بعض العلماء .

هذا ، وقد أجيب عن قولهم بأن وطء المرأة وهى حائض أو غير ذلك من أنواع الوطء الأخرى المحرمة لا يخرج الرجل من العنة لعدم حصول الاحصان للرجل وعدم إحلالها للزوج الأول بهذا الوطء وما ذكر معه ، أجيب عن هذا بأنه لا يلزم من ثبوت عدم الاحصان وثبوت عدم الاباحة للزوج الأول بوطء المرأة وهى حائض أو غير ذلك من أنواع الوطء الأخرى المذكورة ، لا يلزم ألا يخرج الرجل من العنة بهذه الأنواع المذكورة من الوطء ، وذلك لأن القاعدة أن السبب وحده ليس كافيا فى

إثبات أى حكم من الأحكام التى تتسبب عن هذا السبب ، بل لا بد — مع وجود السبب — من انتفاء الموانع ، وتحقق الشروط ، ولنضرب لذلك مثالا ، الزوجية أحد الأسباب فى الميراث . لكن يشترط فى الميراث تحقق وجود الوارث ، بعد موت المورث ، ولا بد مع وجود الشرط ألا يكون هناك مانع يمنع من الميراث كالقتل أو الردة . فإذا لم يتحقق شرط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث كأن ماتا معا فلا ميراث ، وإذا قتل الزوج زوجته أو ارتد، فقد قام مانع يمنع ميراثه ، فالسبب إذن ليس كافيا وحده فى ترتيب الأحكام التى تتسبب عن هذا السبب ، بل لا بد من انتفاء الموانع وتحقق الشروط ؛ فإذا كان وطء الزوج لزوجته التى عقد عليها عقدا صحيحا سببا فى حصول صفة الإحصان، ووطء الزوج الثانى للمرأة التى طلقها زوجها الأول ثلاث طلقات سببا فى إحلالها للزوج الأول ، فإنه لا بد مع وجود هذا السبب من شرط أن يكون هذا الوطء حلالا وليس وطئا حراما كوطئها وهى حائض ، أو غير ذلك من أنواع الوطء الأخرى المذكورة.

وإذا نظرنا هنا فى ثبوت عدم الاحصان وثبوت عدم الاباحة للزوج الأول بوطء المرأة وهى حائض ، أو غير ذلك من أنواع الوطء الأخرى المذكورة ، وجدنا أن الاحصان ، والإحلال للزوج الأول لم يثبت لأن شرطا مطلوبا هنا لم يتحقق ؛ والشرط المطلوب فى حصول الاحصان وحصول الاحلال للزوج الأول أن يكون الوطء حلالا . والوطء هنا كان حراما ، فثبت عدم الاحصان ، وثبت عدم الاحلال للزوج الأول لفوات هذا الشرط ، بخلاف مسألة العنة ، فإن العنة يلاحظ فيها وجودها ، أو عدم وجودها ، فالعنة فى نفسها أمر حقيقى لا يتصور بقاؤه مع انتفائه(٢) .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٦١١-٦١٢ .

إن ثبت أن العنين وطىء امرأة أخرى

اختلف العلماء فيما إذا وطىء العنين امرأة ، هل يخرج بهذا الوطء الوطء عن العنة فى حق غيرها . على رأيين :

الرأى الأول

أنه يخرج بهذا الوطء عن العنة فى حق جميع النساء ، ولا تسمع دعوى المرأة أمام القاضى على هذا الزوج من المرأة التى وطئها ولا من امرأة أخرى لم يطأها .

وهذا الرأى محكى عن سمرة ، وعمر بن عبدالعزيز . وغيرهما.

الرأى الثانى

أن العنين إذا وطىء امرأة لم يخرج بهذا الوطء عن العنة فى حق غير هذه المرأة التى وطئها .

وهذا ما يراه الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة(١) ،

دليل الرأى الأول

أن العنة أمر خلقى وجبلى يوجد فى الرجل لا يتغير بتغير النساء ، و(٢) قادر على وطء امرأة قادر على وطء غيرها ، فإذا انقضت العنة فى حق

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٢ ص٦٠٩ . والمختار من كتاب اللباب ص٤٨١ والمغنى جـ٧ ص٦١٢ ومغنى المحتاج جـ٣ ص ٢

(٢) المغنى جـ٧ ص٦١١:٦١٢

المرأة لم تبق فى حق امرأة أخرى ، ولا يصح أن يكون الرجل عاجزا عن وطء امرأة غير عاجز عن وطء أخرى .

وأجاب ابن قدامة على هذا الاستدلال ، بأن شهوة الرجل قد تنهض فى حق امرأة لفرط حبه إياها ، وشدة ميله إليها ، ولكونها مختصة بجمال وجهها دون الأخرى .

دليل الرأى الثانى

استند الرأى الثانى إلى ما يأتى :

أولا : لأن العنة إذا لم تكن موجودة فقد تطرأ بعد ذلك ، فالقدرة على الوطء التى كانت موجودة عند وطئه المرأة الأولى . ليس من المحقق أن تستمر هذه القدرة بل قد يطرأ العجز عن الوطء .

ثانيا : أن كل امرأة لها حكمها المستقل الخاص بها ، ولهذا لو ثبت عليه عيب العنة فى حق زوجتين ، أو أكثر ، فرضيت إحدى الزوجات بالمقام معه مع وجود هذا العيب سقط حقها وحدها ، ولا يسقط حق الزوجات الباقيات .

ثالثا : أن فسخ عقد الزواج إنما أبيح لكى ندفع به الضرر الحاصل للزوجة بسبب عجز الزوج عن وطئها ، وهذا العجز عن الوطء ، قد ثبت فى حق هذه المرأة ولا يزول بوطء غيرها .

هذا وينبنى على الرأى الثانى القائل بأن العنين إذا وطىء امرأة لم يخرج بهذا الوطء عن العنة فى حق غيرها ، أنه لو تزوج امرأة فوطئها ، ثم طلقت منه ، وانتهت عدتها ، ثم عقد عليها مرة أخرى ، فثبت عنته فى هذا الزواج

الثانى ، فلها الحق فى أن تطلب التفريق بينهما ، لأنه إذا كان من الجائز أن يعن عن امرأة دون أخرى ، فإنه يكون من الجائز أن يعن فى زواج دون زواج من باب أولى .

ويبنى على الرأى الأول القائل بأن العنين إذا وطىء امرأة خرج بهذا الوطء عن العنة فى حق جميع النساء ، أن المرأة التى تزوجها مرة أخرى ، وعن عنها بعد أن وطئها فى الزواج الأول لا يصح لها أن تطالب بالتفريق بل إنه إذا وطىء مرة لم تثبت عنته أبدا(١) .

إن كان العجز عن الوطء لأمر عارض

إن كان الزوج عاجزا عن وطء زوجته لأمر عارض ، كأن كان صغير السن لم يبلغ ، أو مريضا مرضا يرجى شفاؤه منه ، فلا يؤجله القاضى ، لأن ذلك أمر عارض وسيزول ، فالصغير سيكبر ، والمرض سيزول ،

وأما العنة فهى أمر خلقى جبلى لا يزول . وأما إذا كان عجز الزوج عن الوطء نتيجة لكبر السن ، أو لمرض لا يرجى شفاؤه منه ، فإن الحاكم يؤجله سنة ، لأنه كالرجل المخلوق بهذا العجز .

وأما إذا كان العجز عن الوطء بسبب الجب أى قطع ذكره كله ، او بسبب شلل أصابه ، فإن الخيار يثبت للزوجة فى الحال ، فتخير بين البقاء معه على هذه الحال أو المفارقة ، وذلك لأن الوطء حينئذ ميئوس منه فلا أمل فى حصوله . وليس هناك معنى لأن تنتظر سنة حيث لا فائدة فى الانتظار .

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٦١٢ ، ٦١٣ ، وكشاف القناع جـ ٥ ص ١٠٧ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٠٣

فإن كان ذكره قد بقي منه جزء يمكنه أن يطأ به ، فيرى ابن قدامة أن الأولى أن يؤجل سنة ، لأنه فى معنى العنين خلقة .

إذا حدث خلاف بين الزوجين فى القدر الباقى من الذكر

إذا قطع ذكر الزوج وبقى منه جزء ، ثم حدث خلاف بين الزوجين فى القدر الباقى من الذكر المقطوع ، هل يمكن للزوج أن يطأ بهذا القدر الباقى أم لا ، فادعت الزوجة بأنه لا يتمكن من الجماع به ، وادعى الزوج أنه يتمكن من الجماع به .

فيرى بعض العلماء أنه يرجع فى الحكم فى هذه الحالة إلى أهل الخبرة فى ذلك ، فإن قرر أهل الخبرة أنه لا يمكن الوطء به ثبت للزوجة الخيار فى فسخ الزواج .

ويرى البعض الآخر أنه فى هذه الحالة يقبل قول المرأة لأن القاعدة أنه عند الشك يعمل بالأصل فى المسألة ، والأصل هنا هو عدم إمكان الوطء بهذا القدر(١) .

اختلاف الزوجين فى حصول الوطء وكانت الزوجة بكرا

إذا دعت الزوجة أن زوجها عنين ، وقال الزوج إنه وطئها ، وقالت إنها عذراء فإما أن يكون هذا الخلاف بين الزوجين فى ابتداء الأمر قبل أن يضرب القاضى للزوج مدة السنة ، أو يكون هذا الخلاف بعد أن يضرب القاضى المدة ، ولكل حالة من هاتين الحالتين حكمها الخاص بها .

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٦٠٦ والمهذب ج ٢ ص ٤٩

إذا كان الخلاف فى ابتداء الأمر قبل ضرب المدة :

إذا كان الخلاف بين الزوجين فى ابتداء الأمر قبل أن يضرب القاضى المدة ، فإن على القاضى أن يأمر بعرض الزوجة على النساء للكشف عليها ، فإن شهد النساء بأنها عذراء ، فالقول قول الزوجة ، ويؤجل القاضى الزوج سنة ينتظر فيها حتى نعلم فى نهاية السنة هل هو عنين أم لا .

وهذا مايراه الحنفية والثورى ، والشافعى ، والحنابلة ، وإسحاق بن راهويه ، والإمامية(١)، وقد اعتمد هذا الرأى على أن الوطء فى العادة يزيل بكارة المرأة ، فإذا ثبت وجود البكارة كان هذا دليلا على عدم حصول الوطء من الزوج .

فإذا ادعى الزوج - بعد ثبوت بكارتها - أن بكارتها عادت إليها بعد الوطء ، بأن قال بعد شهادة النساء اللاتى عرضت عليهن : وطئتها لكنى لم أبالغ فى الوطء ، فعادت بكارتها ، فهل يقبل قوله أم يقبل قول الزوجة ؟

صرح العلماء بأنه لا يقبل قول الزوج والقول هنا قول الزوجة ، لأن احتمال عودة البكارة بعد أن زالت بالوطء بعيد جدا ، وإن كان ذلك متصوراً(٢) .

وإذا كنا سنقبل قول الزوجة هنا ، فهل يستحلفها القاضى أم لا ؟

هنا رأيان محتملان فى هذه المسألة :

الرأى الأول : أن القاضى يستحلف الزوجة ، وحجة هذا الرأى أن

---

(١) بدائع الصنائع حـ٣ص١٥٢٨، وفتح القدير حـ٣ص٢٦٥، والاختيار لتعليل المختار جـ٣ص١٦٠ وحاشية البجيرمى جـ٣٨٩٣، والمغنى حـ٧ص٦١٤، وتهذيب الأحكام لأبى جعفر محمد بن الحسن الطوسى جـ ٧ ص ٤٢٩ .

(٢) المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٤٩ والمغنى جـ ٧ ص٦١٤ ، والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦٥ .

الحلف من الزوجة يزيل احتمال أن تكون البكارة قد عادت بعد زوالها بالوطء ، كما هو الحكم فى أن كل من يقبل قوله يستحلف .

الرأى الثانى : أن الزوجة لا تستحلف ، وحجة هذا الرأى أن الأمور التى يكون من البعيد جدا حدوثها لا يلتفت إليها ، لأنه من المحتمل أن يكذب الشهود العدول ، وأن يكذب المقر فى إقراره .

هل يقبل قول امرأة واحدة ؟

إذا كان من اللازم ـ كما بينا ـ أن تعرض الزوجة على النساء للكشف عليها ، فهل يقبل قول امرأة واحدة أم لا ؟

توجد روايتان عن الإمام أحمد فى ذلك ، وقد بين الحنفية أن المرأة الواحدة العدلة تكفى ولكن الأولى أن يكشف عليها امرأتان ، لأن الثنتين أحوط ، وقد علل الحنفية لقبول شهادة امرأة واحدة بعدة أمور :

الأمر الأول : أن البكارة باب لا يطلع عليه الرجال ، وشهادة النساء بانفرادهن فى هذا الباب مقبولة للضرورة ، وتقبل فيه شهادة الواحدة مثل شهادة القابلة على الولادة .

الأمر الثانى : أن الأصل أنه يحرم النظر إلى العورة ، وهو العزيمة أى الحكم الذى شرع أولا لقوله تعالى : « وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن » وأبيح النظر رخصة للضرورة ، وحق الرخصة يصير مقضيا بالواحدة .

الأمر الثالث : أن الأصل أن الأمور التى يقبل فيها قول النساء بانفرادهن لا يشترط فيها العدد ، وذلك مثل رواية الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن رواية النساء عن الرسول صلى الله عليه وسلم مقبولة فلا يشترط الذكورة فى الرواية ، ولا يشترط فى الرواية أن يتعدد النساء ، بل انفراد امرأة بالرواية عن الرسول صلى الله عليه وسلم كاف فى الرواية .

وأما قول الحنفية بأن الثنتين أحوط فى الكشف على المرأة، فذلك لأن غلبة الظن بالخبر الذى يرويه العدد أقوى(١) .

وأما الشافعية فيرون أن الشهادة تكون من أربع نسوة، ويرى الزيدية من الشيعة الاكتفاء بامرأة واحدة عدلة(٢) .

إذا كان الخلاف بعد ضرب المدة

وأما إذا كان هذا الخلاف بين الزوجين قد حدث بينهما بعد ضرب القاضى للمدة، وشهد النساء بأن عذرتها لازالت موجودة، فإن المدة لاتنقطع ويجب أن تنتظر حتى تنتهى السنة .

وأما إذا كان هذا الخلاف بين الزوجين قد حدث بعد ضرب المدة وانقضائها ، وشهد النساء بعذرتها ، فالحكم هنا كحكم الزوج إذا اعترف بأنه لم يطأها .

إذا شهد النساء بزوال عذرتها

وأما إذا شهد النساء بأن عذرتها قد زالت، فالقول هنا هو قول الزوج، فيسقط حكم قول الزوجة ، وذلك لأننا تبينا أنها كاذبة فى دعواها ، والزوج سليم من عيب العنة .

إذا ادعت أن عذرتها زالت بغير الوطء

وإذا ادعت الزوجة أن عذرتها قد زالت بسبب آخر غير وطء زوجها ، فهل يقبل قولها أم يقبل قوله ؟

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٥٢٨

(٢) البحر الزخار جـ ٣ ص ٦٥ ، وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٥ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٠٦ ، والمغنى جـ ٧ ص ٦١٤ .

صرح العلماء بأن قول الزوج هو الذى يقبل ، وذلك لأن القاعدة أنه عند الشك فى أمر من الأمور يجب أن يعمل بالأصل، والأصل هنا هو عدم وجود سبب آخر غير وطء الزوج. والظاهر أن بكارتها زالت بسبب الوطء، وزوال البكارة بسبب آخر هو خلاف الأصل(١) .

لو أقر الزوج بإزالة بكارتها بإصبعه وادعى أنه وطئها

ما الحكم فيما إذا أقر الزوج بأنه أزال بكارة زوجته بإصبعه ، وادعى أنه قادر على الوطء ووطئها ؟

بين العلماء أن الظاهر أنه لا يبقى الخيار للزوجة فى فسخ الزواج لحصول المقصود ، وبين العلماء أن الزوج ممنوع من إزالة البكارة بإصبعه ، ويعزر أى يعاقب بعقوبة يقدرها الحاكم إذا فعل ذلك، عقوبة تكون زاجرة للرجال عن هذا الفعل(٢) .

إذا كانت الزوجة ثيبا وادعى الزوج أنه يصل إليها

إذا كانت الزوجة ثيبا أى غير بكر حينما تزوجها بأن كانت قد تزوجت زوجا غيره ، واختلفا فى الوصول إليها، فادعى الزوج أنه وطئها ، وأنكرت الزوجة فادعت أنه لا يقربها منذ دخل بها ، فما الحكم .

اختلف العلماء فى هذه المسألة على الصورة الآتية :

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٦١٣ ، ومغنى المحتاج جـ ٣ صـ ٢٠٦ ، والمغنى جـ ٧ صـ ٦١٤ .
(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٢ صـ ٦١٣

الرأى الأول

أنه يترك الزوجان فى مكان وحدهما ، ويطلب من الزوج أن يطأها ، فإذا حان وقت نزول المنى لم يقذف فى فرج المرأة بل يخرج المنى على شىء آخر كمنديل مثلا ، فإذا أخرج منيه على شىء فالقول قوله ، وأما إذا عجز عن إخراج منيه فالقول قول الزوجة .

وهذا الرأى هو مايراه عطاء ، وهو إحدى الروايات عن أحمد بن حنبل

فإذا ادعت المرأة أنه ليس بمنى ، فقد قال بعض فقهائنا القدامى إننا يمكن أن نتعرف على أنه منى أو ليس منيا بجعله على النار ، فإن ذاب بجعله على النار فهو منى ، لأن المنى يشبه بياض البيض ، ولكن الفرق بينهما أن بياض البيض إذا وضع على النار تجمع ويبس ، وأما المنى فيذوب بوضعه على النار ، فالوضع على النار وسيلة لكى يتميز أحدهما عن الآخر فيختبر بها .

وواضح أننا الآن بعد التقدم العلمى فى العصر الذى نعيش فيه ، فى مجال تحليل المواد أنه يمكن بكل سهولة أن يعرف المتخصصون نوعية هذا السائل هل هو منى أم لا ، ولا يتوقف ذلك على جعله على النار ، فإن هذا كان وسيلة تتناسب مع الوسائل العلمية فى العصور السابقة ، وبكل سهولة الآن توضع النقطة من هذا السائل تحت المجهر فترى كل خواصه وما يحتويه من حيوانات منوية ، فإذا احتاج الأمر إلى معرفة المادة التى تحتويها هذه النقطة فمن السهل على المتخصصين ذلك فى معامل التحليل .

الرأى الثانى

يقبل قول الزوج ويطالب باليمين على صحة قوله ، أى يحلف أنه وطئها ، ولا يطالبه القاضى بوطء آخر .

فإن حلف الزوج بطل حق الزوجة فى التفريق ، وإن امتنع عن اليمين أجله القاضى سنة .

وهذا ما يراه أبو حنيفة ، والثورى ، والشافعى وإسحاق بن راهويه ، وابن المنذر ، وهو رواية ثانية عن أحمد بن حنبل ،وهو مايقول به الامامية من الشيعة .

ويرى صاحب البحر الزخار من الزيدية أن القول قول الزوج ولم يشترط اليمين على الزوج .

الرأى الثالث

يقبل قول الزوجة وعليها اليمين على صحة قولها ، وهـذا رواية ثالثة عن أحمد .

الرأى الرابع

يزوج امرأة لها حظ من الجمال ،وتتحمل خزينة الدولة مهرها ،ويطلب منه أن يطأها ، ويخلى معها ، ثم تسأل المرأة الجميلة التى تزوجها عن هـذا الرجل ، فيؤخذ بما تقوله هذه المرأة عنه ، فإما أن تخبر بأنه يستطيع الوطء ، أو تكذبه فيما يدعيه من الوصول إليها .

فإذا أخبرت بأنه وطئها ثبت كذب الزوجة الأولى ، وأما الزوجة الثانية فلها الخيار بين أن تبقى معه أو تفسخ زواجها ، ومهرها تتحمله خزينة الدولة .

وأما إذا كذبته فيما يدعيه من القدرة على الوطء ، فإنه فى هـذه الحالة يفرق القاضى بين الزوج وكل من الزوجتين الأولى والثانية ، ويتحمل الزوج مهر الثانية من ماله الخاص .

الرأى الخامس

يترك الزوج ليجامع زوجته بحضور امرأتين ، ويترك بينهما ثوب ، فإذا تم الجماع وقام عن زوجته ، نظرت المرأتان إلى فرج الزوجة ، فإما أن تجدا فيه رطوبة المنى أولا ، فإن وجدتا فيه رطوبة المنى فقد ثبت صدق الزوج ، وإن لم تجدا فيه رطوبة المنى ثبت كذبه .

وهذا ما يراه الأوزاعى ، وحكى عن مالك مثل هذا الرأى إلا أنه لم يشترط أن تحضر امرأتان ، بل اكتفى بحضور امرأة واحدة(١) .

هذا ما وجدناه من آراء لعلمائنا رضى الله عنهم فى هذه المسألة ، وننتقل الآن إلى بيان دليل كل رأى من هذه الآراء .

دليل الرأى الأول

أما الرأى الأول ، القائل بأنه يخلى منها ويطلب منه أن يخرج منيه على شىء خارج فرجها ، فقد استند إلى أن العنين يضعف عن الإنزال ، فإذا ثبت أنه أنزل فإننا حينئذ نتبين صدقه ، فيجب ان نحكم بمقتضاه(٢) .

---

(١) المغنى جـ٧ صـ٦١٦–٦١٨ ، ومغنى المحتاج جـ٣ صـ٢٠٦ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج جـ٤ صـ٢١٧ وفتح القدير جـ٣صـ٢٦٥ ، وبدائع الصنائع جـ٣ صـ١٥٢٨ وحاشية ابن عابدين جـ٢ صـ٦١٣ ، وتهذيب الأحكام لمحمد بن الحسن الطوسى جـ٧ صـ٤٢٩ والبحر الزخار جـ٢ صـ٦٥ والمختصر النافع صـ١٨٧

(٢) المغنى جـ٧ صـ٦١٦

دليل الرأى الثانى

وأما الرأى الثانى القائل بأن القول قول الرجل مع يمينه، فقد استند إلى أن هذا الأمر من الأمور التى لا يمكن إقامة البينة عليها، وجانب الرجل هنا أقوى من جانب المرأة، وذلك لأنه يدعى سلامة عقد الزواج وسلامة نفسه من العيوب التى تجيز التفريق بينه وبين زوجته، والقاعدة فى مثل هذا الأمر أننا نعمل بالأصل، والأصل هنا هو السلامة من العيوب، ودوام الزواج والعيب عارض، فكان القول قول الرجل، كما يقبل قول الشخص الذى ينكر فى سائر الدعاوى عند عدم البينة. وعليه اليمين على صحة ما قاله. لأن قوله محتمل للكذب فيقوى قوله بيمينه كما فى سائر الدعاوى التى يستحلف فيها، فإن امتنع من اليمين قضى بامتناعه، والدليل على وجوب اليمين عليه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «ولكن اليمين على المدعى عليه»(١).

دليل الرأى الثالث

وأما الرأى الثالث الذى يقول بأن القول قول المرأة مع يمينها، فقد استند إلى أن الأصل هنا هو عدم حدوث الوطء، فكان القول قول المرأة، لأن قولها موافق لما هو الأصل هنا،

دليل الرأى الرابع

وأما الرأى الرابع الذى يقول بأنه يزوج امرأة لها حظ من الجمال، ويخلى معها، وتسأل عنه، فقد استند إلى أن امرأة جاءت إلى سمرة، فشكت إليه أنه لا يصل اليها زوجها، فكتب الى معاوية بن أبى سفيان، فكتب إليه

---

(١) الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ١٦٠، والمغنى جـ ٧ ص ٦١٧

معاوية : أن زوجه بامرأة ذات جمال ، يذكر عنها الصلاح ، وسق إليها المهر من بيت المال عنه ، فإن أصابها ، فقد كذبت ، وإن لم يصبها ، فقد صدقت ، ففعل ذلك سمرة ، فجاءت المرأة فقالت : ليس عنده شيء ، ففرق بينهما .

هذه أدلة الآراء الأربعة ، وأما الرأى الخامس فلم أعثر له على دليل .

وقد رجح ابن قدامة الرأى القائل بأن القول قول الرجل ، كما لو ادعى الزوج الوطء فى الإيلاء(١) ، ورد ابن قدامة على من يعتبر خروج المنى بأن اعتبار خروج المنى ضعيف .

لأنه قد يحصل من الرجل وطء ولا يحصل منه إنزال ، وقد يحصل الإنزال من غير وطء فلا تلازم بين الوطء والإنزال ، وذلك لأن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الصلب ونزول المنى ، والرجل السليم القادر على الوطء قد يعجز عن الوطء فى بعض الأحوال . وليس كل من عجز عن الوطء فى حال من الأحوال ، أو فى وقت من الأوقات يكون عنينا ، ولذلك جعلت المدة سنة للعنين .

ورد أن قدامة أيضا على الرأى القائل بتزويجه بامرأة ثانية بأن هذا أيضا لا يصح للمعنى الذى ذكرناه فى عدم صحة اعتبار خروج المنى .

وأيضا فلأن الرجل قد يكون عنينا بالنسبة لامرأة معينة ، وليس عنينا بالنسبة لامرأة أخرى .

وأيضا فلأن الزواج بالمرأة الثانية إما أن يكون مؤقتا أو غير لازم ، أو يكون صحيحة لازما .

---

(١) سبق توضيح معنى الإيلاء وحكمه فى الصفحة رقم ١٧ من هذا البحث

فإن كان الزواج بالمرأة الثانية مؤقتا أو غير لازم فهو زواج باطل ، ومادام زواجا باطلا فإن الوطء فيه يكون حراما .

وأما إن كان الزواج بالمرأة الثانية صحيحا لازما فإن فيه إضراراً بالمرأة الثانية ، ولا ينبغي أن يقبل قولها لأنها تريد بذلك أن تخلص نفسها من هذا الزواج فهي متهمة فيه ، وليست بأولى من المرأة الأولى في قبول قولها .

وأيضا فلأن الرجل إذا أقر بالعجز عن وطء زوجته في يوم أو في شهر لم تثبت عنته بهذا الاقرار ، وغاية ماذكروه أنه يثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه ، فإذا كانت عنته لاتثبت بإقراره بأنه عاجز عن الوطء في يوم أو في شهر ، فإن عنته لا تثبت بادعاء غيره عليه من باب أولى[1] .

علم الزوجة وقت عقد الزواج بأن زوجها عنين

إذا علمت الزوجة بعنة زوجها وقت عقد الزواج ، كما إذا أعلمها بأنه عنين ، أو كان متزوجا بها قبل الآن ثم ادعت عليه العنة ، فأجله القاضي سنة ، ولم يستطع في أثناء السنة أن يصل إليها ، فحكم القاضي بالتفريق بينهما ، ثم تزوجها مرة ثانية ، وما ماثل هذا ، فقد اختلف العلماء فيه على رأيين :

الرأي الأول

لا يؤجل الزوج سنة ، وهي زوجته لا يفرق بينهما ، وهذا ما يراه أكثر أهل العلم ، ومنهم عطاء ، والثوري ، وابن القاسم ، والحنفية ، وهو ما يراه الشافعي في مذهبه القديم ببغداد .

الرأي الثاني

يؤجل الزوج لمدة سنة ، وهذا مايراه الشافعي في مذهبه الجديد بمصر .

---

(١) المغني ج ٧ ص ٦١٦ — ٦١٩ ، وكشاف القناع ج ٥ ص ١٠٨

أدله الرأى الأول

استدل للرأى الأول بعدة أدلة :

الدليل الأول : أن الزوجة قد ثبت رضاها بعيب الزوج ، ودخلت فى عقد الزواج وهى تعلم بوجود هذا العيب فيه ، فلا يثبت لها الخيار فى فسخ الزواج ، كما لو كانت تعلم أنه مجبوب ، أى مقطوع الذكر ، فإنها لا يثبت لها الخيار.

الدليل الثانى : أن الزوجة إذا رضيت بعيب زوجها بعد عقد الزواج ، أو رضيت به بعد مضى السنة التى يؤجله القاضى فيها ، لم يثبت لهـــا حق التفريق ، فكذلك الحكم إذا رضيت به وقت عقد الزواج .

الدليل الثالث : أن الزوجة إذا رضيت بالمقام معه بعد علمها بالعيب ، ثم طلقها ، ثم أرجعها إلى عصمته ، لم يثبت لها حق التفريق ، فكذلك الحكم هنا .

دليل الرأى الثانى

أن العنة تحصل فى حق امرأة دون أخرى ، وفى زواج دون زواج .

وأجاب أصحاب الرأى المخالف على هذا الدليل ، بأن هذا احتمال بعيد وذلك لأن العنة أمر جبلى وخلقى لا يتغير ظاهرا ، ولهذا يثبت للمرأة حق التفريق بعد مضى المدة التى تحدد للعنين وهى السنة(١) .

إذا علمت بعد الدخول أنه عنين فسكتت ثم طالبت بالتفريق .

إذا علمت الزوجة بعد أن دخل بها زوجها ، أن زوجها عنين ، ولكنها

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص٢٦٤ ، ٢٦٥ ، والمختار من كتاب اللباب ص٤٨٢ ، والمغنى ج ٧ ص٦٠٧ . ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٣

سكتت عن المطالبة بحقها فى التفريق ، ثم طالبت بعد ذلك ، فلها الحق فى هذا ، ويؤجله القاضى سنة ، وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس دليلا على أنها رضيت بكونه عنينا ، لأنه زمن لا تملك المرأة فيه فسخ الزواج ولا الامتناع من أن يستمتع بها ، فلم يكن سكوتها مسقطا لحقها ، وذلك كما إذا سكتت بعد أن يضرب القاضى المدة للعنين ، وقبل انقضاء هذه المدة .

وكذلك لو سكتت المرأة عن المطالبة بحقها فى فسخ الزواج بعد أن انتهت المدة لم يبطل خيارها أيضا ، وذلك لأن الخيار لا يثبت إلا بعد الرفع إلى القاضى وثبوت العجز عن الوطء ، فلا يؤثر السكوت قبله(١) .

اختلاف الزوجين فى وجود العيب

إذا اختلف الزوجان فى وجود العيب ، كأن وجد فى جسم أحدهما بياض يحتمل أن يكون بهقا ويحتمل أن يكون برصا ، واختلفا فى كونه برصا ، أو كان بأحدهما علامات الجذام كذهاب شعر الحاجبين ، واختلفا فى كونه جذاما ، فإن الحكم هو أن المدعى بأن هذا عيب عليه أن يقيم بينة على دعواه ، أى عليه أن يؤيد دعواه بشاهدين من أهل الخبرة بالطب والثقة ، يشهدان بأن الادعاء صحيح .

فإذا شهدا بذلك فقد ثبتت دعواه ، وإذا لم يشهدا به ، فعلى الذى ينكر وجود العيب أن يحلف على ما يراه ، ويثبت قوله ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

إذا كان الاختلاف فى العيوب المختصة بالنساء

إذا كان الاختلاف فى العيوب المختصة بالنساء عرضت المرأة على نساء ثقات ، ويجوز قبول قول امرأة واحدة فى ذلك ، فإذا شهدت بما يقول

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٦٠٨

الزوج ثبت العيب فى الزوجة ، وإذا لم تشهد بما يقوله فقد ثبت قول الزوجة(١) .

إذا علم أحد الزوجين بعيب الآخر وقت العقد أو بعده فرضى به

لم نجد فيما اطلعنا عليه من المصادر العلمية خلافا بين العلماء فى أن الشرط فى ثبوت الخيار فى فسخ عقد الزواج بهذه العيوب ، ألا يكون من يطالب بالفسخ قد علم بوجود العيب فى صاحبه وقت العقد ، أو يكون قد علم بوجوده بعد العقد لكنه رضى به ، فإذا علم أحدهما بعيب الآخر وقت العقد ، أو بعد العقد فرضى به فلا يثبت له الخيار . وذلك لأنه رضى به فسقط حقه فى الرد ، كما يسقط حق المشترى فى رد المبيع إذا رضى بالعيب ، إلا عيب العنة ، فإن بعض العلماء كالشافعية يرون أن المرأة إذا علمت بعنة الزوج قبل العقد فلها الخيار فى فسخ الزواج بعد العقد لأن العنة تحصل فى حق امرأة دون أخرى ، وفى زواج دون زواج اخر ، ويرى البعض الآخر كالحنفية أن المرأة إذا كانت تزوجت العنين وهى عالمة بحاله فلا خيار لها ، وإن لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة(٢) .

اختلاف الزوجين فى العلم بالعيب

إذا اختلف الزوجان فى العلم بالعيب ، فادعى أحدهما أن الآخر كان يعلم أن به عيبا معينا ، وأنكر الآخر علمه بهذا العيب ، وليس هناك بينة لأحدهما فما الحكم ؟ .

الحكم هنا هو أن القول الذى يقبل هو قول من ينكر علمه بالعيب مع يمينه ، وذلك لأن القاعدة المعمول بها هى أنه عند الاختلاف أو الشك فى

---

(١) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة مع المغنى ج٧ ص٥٠٦
(٢) الشرح الصغير للدردير ج٢ ص٢٦٧ ، وفتح القدير ج٣ ص٢٦٦ ، ومغنى المحتاج ج٣ ص٢٠٣ والمغنى ج٧ ص٥٨٤

وجود شيء أو عدم وجوده ، يرجع إلى الأصل ، والأصل هنا هو عدم وجود العلم بالعيب(١) .

وجود عيب بأحد الزوجين
وعيب بالزوج الآخر من جنسه وغير جنسه

إذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبا ، وكان به أيضا عيب لكنه عيب يختلف عن العيب الذي وجده بالآخر ، ومثال ذلك إذا كان الزوج أبرص فوجد الزوجة مجنونة ، أو مجذومة .

فالحكم هنا أن كلا من الزوجين له الخيار في فسخ الزواج، لوجود السبب الذي يبيح الفسخ ، إلا إذا وجد المجبوب زوجته رتقاء ، فلا يثبت لأي منهما خيار الفسخ ، وذلك لأن عيب كل منهما ليس هو الذي يمنع صاحبه عن الاستمتاع به . وإنما امتنع الاستمتاع لعيب نفسه .

وأما إذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبا من جنس العيب الموجود به . كالأبرص يجد زوجته برصاء ، فهنا رأيان :

أحدهما : أنه لا خيار لكل من الزوجين ، وذلك لأنهما متساويان ولا توجد مزية لأي منهما على الآخر ، فأشبها الصحيحين .

والرأي الثاني : أن له الخيار في فسخ الزواج . لوجود سببه ، ولا يمنع الخيار كونهما متساوين في العيب كما لو حدث تغرير من العبد للجارية .

وأجاب أصحاب هذا الرأي على ما استند إليه الرأي الأول بأن الإنسان قد يأنف من عيب غيره ولا يأنف من عيب نفسه(٢) .

---

(١) المغني جـ٧ صـ٥٨٧ وحاشية البجيرمي على الخطيب جـ٣ صـ٣٨٦
(٢) مغني المحتاج جـ٣ صـ٢٠٣ ، والمغني جـ٧ صـ ٥٨٣ والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد جـ٧ صـ٥٧٩

حدوث العيب بأحد الزوجين بعد عقد الزواج

اختلف العلماء فيما إذا حدث العيب بأحد الزوجين بعد عقد الزواج هل يثبت خيار الفسخ أم لا ، على ثلاثة آراء .

الرأى الأول ودليله

إذا حدث العيب بأحد الزوجين بعد العقد يثبت الخيار للزوج الآخر .
وهذا ما يراه بعض الحنابلة ، وقد استدل لهذا الرأى بما يأتى :

أولا : لأنه عيب فى الزواج يثبت الخيار فى الفسخ إذا كان مقارنا للعقد فيثبته كذلك إذا كان طارئا بعد العقد ، وذلك مثل الإعسار بالنفقة ، فإن الزوج إذا أعسر بنفقة زوجته أثبت ذلك لها الخيار فى التفريق بينها وبين زوجها .

ثانيا : أن الزواج عقد على منفعة ، فحدوث العيب بالمنفعة يثبت الخيار فى الفسخ كما هو الحال فى عقد الإجارة .

الرأى الثانى ودليله

وأما الرأى الثانى فهو أنه لا يثبت الخيار للزوج الآخر ،
وهذا ما يراه فريق آخر من الحنابلة .

وقد استدل لهذا الرأى ، بأن العيب الذى حدث بعد العقد هو عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد ، فكان بذلك شبيها بالعيب الحادث بالمبيع .

وقد أجيب على هذا الاستدلال ، بأنه ينتقض بالعيب الحادث فى الإجارة .

الرأى الثالث ودليله

يفرق أصحاب هذا الرأى ، فى الحكم بين حدوث العيب بالزوج وحدوثه بالزوجة .

فيرى أصحاب الشافعى أن العيب إذا حدث بالزوج بعد العقد ، كأن قطع ذكره ثبت الخيار للزوجة ، أما بعد العقد وقبل الدخول فباتفاق الآراء عند الشافعية ، وأما بعد الدخول فعلى الأصح من رأيين عندهم . وهذا الحكم عند الشافعية حتى لو حدث الجب بفعل الزوجة .

واستندوا فى هذا الحكم إلى أن الضرر يحدث للمرأة بحدوث هذا العيب كما يحدث الضرر بالعيب المقارن للعقد ، ولا خلاص للمرأة من هذا الزواج إلا بالفسخ ، بخلاف الرجل فإن له الحق فى طلاق المرأة

واستثنوا من هذا العنة إذا حدثت بعد الدخول بعد أن عرفت قدرته على الوطء فلا يثبت لها الخيار ، لحصول مقصود الزواج وهو الوطء . وقد عرفت الزوجة قدرة زوجها على الوطء ووصلت إلى حقها منه .

فالشافعية يرون أنه يثبت للمرأة الخيار فى فسخ زواجها إذا وجدت بزوجها عيبا ، سواء أكان العيب مقارنا للعقد ، أو حدث بين العقد والوطء ، أو بعد الوطء فى غير العنة ، أما العنة إذا حدثت بعد العقد فلا يثبت للمرأة الخيار فى الفسخ .

وأجابوا على ما يمكن أن يعترض به معترض بأن الجب مثل العنة فى ذلك .

فالتعليل الذى قالوه فى العنين يأتى فى المجبوب إذا حدث الجب بعد الوطء لأن المرأة حينئذ عرفت قدرة زوجها على الوطء ووصلت إلى حقها ، فمقتضاه أنه لا يثبت لها الخيار فى الفسخ فى المجبوب إلا إذا جب قبل الوطء ، مع أن المرأة لها الخيار فى حالة الجب سواء أكان الجب قبل الوطء أم بعد الوطء ، أجابوا على هذا بأن الجب قد حصل به اليأس من الوطء بخلاف العنة فإنه من المتوقع حصول الشفاء بزوال العنة وعود الداعية للاستمتاع ، فالزوجة مترجية لحصول ما يعفها بخلاف الجب فقد يئست من توقع حصول ما يعفها فلا يرجى زوال علته ،

وأما إذا حدث العيب بالزوجة فللشافعى قولان فى هذا ، القول الجديد الذى قاله بمصر . وهو الذى يفتى به ، هو أنه يثبت الخيار للزوج سواء أكان قبل الدخول أم بعده ، قياسا على العيب الذى يحدث بالزوج ، فكما يثبت الخيار للزوجة إذا حدث العيب بالزوج بعد العقد سواء أكان قبل الدخول أم بعده فكذلك يثبت الخيار للزوج إذا حدث العيب بالزوجة بعد العقد ، سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده .

والقول القديم الذى قاله ببغداد هو أنه لا يثبت الخيار للزوج ، لأن الزوج يتمكن من الخلاص من الزوجة بالطلاق ، وأما المرأة فلا تستطيع أن تتخلص من الزوج بالطلاق ، لأن العصمة بيد الزوج لا بيد الزوجة .

وقد رد هذا القول القديم للشافعى بأمرين :

الأمر الأول : أن الزوجين متساويان فى الحكم فيما إذا كان العيب سابقا على العقد ، فيجب أن يتساويا فيه إذا كان العيب لاحقا للعقد ، كما هو الحكم فى المتبايعين .

الأمر الثانى : أنه لو قيل بأنه لا يثبت الخيـــار للزوج ، فإن الزوج سيتضرر بتحمل نصف المهر ، أو المهر كله ، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر ، وإن طلقها بعد الدخول فلها المهر كله .(١)

ويرى المالكية أن للزوجة فقط الحق فى رد زوجها إذا حدث به بعد العقد جذام محقق ولو كان يسيرا ، أو برص فاحش لا يسير ، أو جنون ، سواء أكان أحد هذه العيوب الثلاثة المذكورة قد حدث بالزوج قبل الدخول أو بعد الدخول لعدم صبرها على معاشرة زوجها وهو بأحد هذه العيوب وليست العصمة بيدها فتطلق زوجها

---

(١) مغنى المحتاج حـ ٣ صـ ٢٠٣ ، ٣٠٤ وحاشية البجيرمى على الخطيب حـ ٣ صـ ٣٨٦ ، ٣٨٧ والمغنى حـ ٧ صـ ٥٨٣

وأما إذا حدث بالزوج جب ، أى قطع ذكره . أو اعتراض أى عدم القدرة على انتصاب الذكر ، أو خصاء بعد أن وطئها ولو كان الوطء قد حصل مرة واحـــدة ، فهو مصيبة نزلت بالمرأة فليس لها الحق فى فسخ الزواج .

وأما إذا لم يحصل وطء وحدث به جب ، أو اعتراض ، أوخصاء فلها القيام بحقها وفسخ الزواج .

وأما إذا حدث بالزوجة عيب بعد العقد فليس للزوج الحق فى رد الزوجة ، وهى مصيبة نزلت به ، فإما أن يرضى بها بهذا العيب أو يطلق ، فعصمة الزواج بيده لا بيدها .

وهذا هو الرأى الراجح فى الفقه المالكى ، وهناك بعض الآراء الأخرى بعضها يرى أن حدوث الجنون بالزوجة بعد العقد مثل حدوث الجنون بالزوج أى فيثبت للزوج الخيار فى الفسخ ، كما يثبت الخيار فى الفسخ للزوجة إن حدث الجنون بالزوج بعد العقد ، وبعضها يرى إلغاء كل عيب يحدث بعد الدخول ، ويرى البعض الآخر إلغاء كل عيب يحدث مطلقا سواء كان قد حدث قبل الدخول أم بعده (١) .

تزويج الولى للصغيرة بمعيب أو تزويج الصغير بمعيبة

من الأمور المقررة فى الشرع أن الولى يجب عليه أن ينظر فى مصلحة الصغيرة أو الصغير الذى ولى عليهما ، فلا يجوز له أن يتصرف تصرفا يضر بهما ، بل يجب عليه أن يتصرف بما يوافق مصلحتهما ، وكما علمنا من البحوث السابقة فإن العيوب التى تمنع الاستمتاع بين الزوجين إذا وجد أحدها فى

---

(١) الشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

فى أحد الزوجين فليس ذلك من مصلحة الآخر ، بل قد يسبب ذلك له الضرر كالجنون والجذام والبرص .

وعلى ذلك فإذا زوج الولى الصغير أو الصغيرة بمن به أحد هذه العيوب التى سبق بيانها ، فهل يصح عقد الزواج أو لا يصح ؟.

بعد تقرير أنه يحرم عليه أن يفعل ذلك إن كان عالما بوجود العيب ، لأنه يجب عليه كما أشرنا أن ينظر فى مصلحة الصغير أو الصغيرة بما فيه مصلحتهما ، ولا توجد مصلحة لهما فى هذا الزواج ، بعد تقرير هذا فإن الحكم من ناحية صحة العقد وعدم صحته يختلف باختلاف حال الولى من ناحية علمه بوجود العيب وعدم علمه .

فإن كان الولى قد زوج الصغير أو الصغيرة بمن به أحد هذه العيوب وهو يعلم بوجود العيب فإن عقد الزواج لا يصح ، وذلك لأن الولى قد عقد عقدا لا يجوز له أن يعقده فلم يصح هذا العقد ، وهذا كما لو باع الولى عقارا يملكه الصغير أو الصغيرة من غير تحسين حالهما بهذا البيع ولا حاجة داعية إلى ذلك.

وأما إذا كان الولى قد زوج الصغير أو الصغيرة بمن به أحد هذه العيوب وهو لا يعلم بوجود العيب ، فإن عقد الزواج صحيح ، وذلك بالقياس على ما إذا اشترى للصغير أو للصغيرة شيئا معيبا وهو لا يعلم بوجود العيب فيه ، لكن يجب على الولى أن يفسخ العقد بعد علمه بوجود العيب ، لأن الواجب عليه أن ينظر فى أمور الصغير والصغيرة بما فيه الأحظ لهما ، والأحظ لهما فى فسخ العقد لا فى إبقائه .

فالعقد إذن صحيح إذا كان الولى لا يعلم بوجود العيب لكن الواجب عليه أن يفسخ هذا العقد ، وهذا ما بينه ابن قدامة ، لكنه بعد أن بين ذلك بين أنه يحتمل كذلك ألا يكون العقد صحيحا وعلل لهذا بأن الولى قد زوج

الصغير أو الصغيرة ممن لا يملك أن يزوجهما إياه ، فلا يكون العقد صحيحا ، كما لو كان قد زوجهما بمن يحرم عليهما الزواج به(١)

ليس للولى تزويج المرأة البالغة بمعيب بغير رضاها

لم نجد فيما أطلعنا عليه من المصادر خلافا بين العلماء فى أنه ليس للولى الحق فى أن يزوج المرأة البالغة بمعيب بغير رضاها ، وذلك لأن المرأة البالغة تملك حق الفسخ إذا علمت بوجود العيب بعد العقد ، فالامتناع من عقد العقد أولى .

إذا أرادت المرأة البالغة أن تتزوج بمعيب ومنعها الولى من ذلك

إذا أرادت المرأة البالغة أن تتزوج بمعيب ومنعها الولى من ذلك ، فهل له الحق فى منعها من الزواج بهذا المعيب أو ليس له الحق فى ذلك ؟

اختلفت آراء العلماء فى ذلك على الصورة الآتية :

الرأى الأول

أن للولى الحق فى منع المرأة البالغة من الزواج بمعيب بأى عيب من العيوب التى تمنع الاستمتاع كالجب ، والعنة ، والجنون ، والجذام ، والبرص وذلك لأن المرأة يصيبها من ذلك ضرر دائم ، والعار يلحقها ويلحق أهلها بالزواج بمن فيه هذه العيوب .

وإذا كانت المرأة قد رضيت الآن بوجود العيب فى الزوج فإن دوام هذا الرضا بعد الزواج غير موثوق به وليس فى إمكانها أن تتخلص من هذا

---

(١) المغنى ﺟ ٧ ص ٥٨٩

الزواج إذا كانت عالمة بوجود العيب فى ابتداء العقد ، وربما أدى هذا إلى حصول الشقاق والعداوة بينها وبين زوجها ، وبين زوجها ووليها وأهلها فيتضرر وليها وأهلها بذلك ، فملك الولى منعها من الزواج بمن فيه أحد هذه العيوب . كما يملك الولى منعها من أن تتزوج من غير كفء لها .

وهذا الرأى هو أحد الآراء فى فقه الحنابلة ، وقد اختاره ابن قدامة .

الرأى الثانى

أن الولى ليس الحق فى منع المرأة البالغة من الزواج بالمعيب ، وذلك لأن الحق فى هذه الناحية للمرأة وليس للولى .

وهذا رأى آخر فى فقه الحنابلة

الرأى الثالث

أن الولى له الحق فى منع المرأة البالغة من الزواج بالمجنون ، لأن الولى يعيره الناس بجنون الزوج ، وفيه غضاضة لنقصه . لأنه لا تصح شهادة المجنون على حق من الحقوق ، ولا يصح منه أى عقد من العقود ، ولا تصح منه عبادة ، وليس له الحق فى منعها من الزواج بمن به جب ، أو عنة ، أو جذام أو برص

وقد أعطى الولى الحق فى منعها من الزواج بالمجنون لما بينا من أنه يعير بجنون الزوج لنقصه ولم يعط الحق فى منعها من الزواج بالمجبوب ، والعنين والمجذوم والأبرص لأن حق للمرأة ، والضرر فى الزواج بالمجبوب ، أو العنيين ، أو المجذوم ، أو الأبرص واقع على المرأة خاصة ، ولا يصيب الولى من ذلك ضرر .

وهذا الرأى هو رأى مرجوح فى فقه الشافعية . ورأى ثالث فى فقه الحنابلة .

الرأى الرابع

يتفق هذا الرأى مع الرأى الثالث فى أن من حق الولى أن يمنع المرأة البالغة من الزواج بالمجنون لأن الولى يعير بزواجها من المجنون ، وليس للولى الحق فى منعها من الزواج بالمجبوب والعنين، لأن الحق لها والضرر فى الزواج بالمجبوب أو العنين واقع على المرأة خاصة ، ولكن الرأى الرابع يختلف مع الرأى الثالث فى حالة وجود عيب الجذام ، أو البرص بالزوج فإنه فى حين يرى صاحب الرأى الثالث - كما بينا - أنه ليس للولى الحق فى منع المراة البالغة من الزواج بمن به جذام أو برص يرى صاحب الرأى الرابع أن من حق الولى أن يمنعها من الزواج بمن به جذام أو برص، وذلك لأن الولى أيضاً يحصل له الضرر بتزويجها بمن جذام أو برص ، فإن الولى يتعير بإن زوجها مجذوم أوأبرص، بل ويخشى أن يتعدى الجذام أوالبرص إلى نسل هذه المرأة ، فكان بذلك شبيها بتزويجها بمن لا يكافئها .

وهذا هو الرأى الأصح فى فقه الشافعية ورأى رابع فى فقه الحنابلة

إذا اتفق الولى والمرأة على الزواج بمن به عيب .

ماسبق كان بيانا للحكم عند العلماء فيما إذا كانت المرأة ووليها لم يتفقا على الزواج بمن به عيب، فأما إذا اتفقا على ذلك ورضى به كل منهما ،فإن ذلك يجوز ويصح الزواج ، لأن الحق لكل من المرأة ووليها ولايخرج هذا الحق عنهما إلى شخص ثالث ، لكن يكره لهما ذلك ، لأن المرأة وإن كانت قد رضيت الآن بالزواج بمن به عيب من العيوب التى تمنع الاستمتاع فمن المتوقع أن تكره ذلك فيما بعد .

وهذه الصورة تحتمل حكما آخر - كما بين ذلك ابن قدامة - هو أن سائر أولياء المرأة يملكون الاعتراض على كل من المرأة والولى الذى يريد أن يزوجها بمن به عيب ، وضعها من هذا الزواج ، لأن العار فى ذلك يلحق كل أولياء المرأة ويتناولهم الضرر كلهم بذلك ، فكان ذلك شبيها بما لو زوجها أحد الأولياء بغير كفء .

هذا وفى ختام هذه المسألة يجب أن تذكر سؤالا أثاره الشافعية فى كتبهم ، وأجابوا عنه ، هذا السؤال هو : إذا كانت العنة لاتثبت إلا بعد العقد فكيف صورتها هنا ؟

وقد أجاب بعض الشافعية عن هذا السؤال بتصوير المسألة بما إذا تزوجها وعرف الولى أنه عنين ، ثم طلقها ، وبعد ذلك أراد تجديد زواجها .

فإن اعترض معترض على هذا بأن الزوج قد يصاب بالعنة فى زواج دون زواج آخر كما هو الرأى الأصح عند الشافعية ، أجيب عن هذا الاعتراض بأن الأصل هو أن تستمر العنة فى الزوج .

وأجاب البعض الآخر من الشافعية عن السؤال أيضاً بأنه يمكن أن تتصور أيضا بإقرار الزوج بالعنة (١)

إن حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة

إذا حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة فإن الولى لايملك إجبارها على أن تفسخ هذا الزواج ، وذلك لأن حق الولى هو فى ابتداء العقد لا فى دوامه

---

(١) المهذب للشيرازى حـ ٢ ص ٤٨ ، وتحفة المحتاج حـ ٧ ص ٣٤٩ ، والمغنى حـ ٧ ص ٥٩٠ ، وحاشية البجيرمى على شرح الخطيب حـ ٣ ص ٣٨٧ وص ٣٨٨ ومغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٤

لأنه لايلحقه العار فى عرف الناس بحدوث العيوب فى الزوج ، بخلافه فى ابتداء العقد ، ولهذا لو دعت المرأة وليها إلى أن يزوجها بعبد لم يلزمه أن يجيبها إلى ذلك ، ولو كانت جارية متزوجة من عبد ، ثم أعتقها سيدها ، لم يملك وليها حق إجبارها على الفسخ(١)

ثم أما بعد ، فبهذا تنتهى مباحث الفصل الثانى ، وننتقل بعد ذلك - بعون الله تعالى - إلى الفصل الثالث الذى عقدناه لبيان الآثار المترتبة على التفريق بين الزوجين .

---

(١) المهذب حـ ٢ صـ ٤٩ ، ومغنى المحتاج حـ ٣ صـ ٢٠٤ ، والمغنى حـ ٧ صـ ٥٩٠ والبحر الزخار حـ ٣ صـ ٦٤

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على التفريق بين الزوجين بالعيوب

ويشتمل على ما يأتي .

١ — حكم المهر إذا كان فسخ الزواج قبل الدخول .

٢ — معنى المتعة ، ومتى تجب ، ومتى تستحب ، وكيف يقدرها القاضي عند النزاع .

٣ — حكم المهر إذا كان الفسخ بعد الدخول .

٤ — هل الخلوة تأخذ حكم الدخول .

٥ — حكم رجوع الزوج بالمهر على من غره .

٦ — إذا طلقها قبل الدخول ، ثم علم أنه كان بها عيب .

٧ — إذا مات أحد الزوجين قبل العلم بالعيب .

٨ — حكم السكنى والنفقة للمرأة بعد التفريق .

حكم المهر إذا كان فسخ الزواج قبل الدخول

يرى جمهور العلماء أنه إذا حصل فسخ الزواج قبل أن يدخل الزوج بزوجته ، فلا تستحق الزوجة مهرا على الزوج ، سواء أكان الفسخ قد حصل من الزوج لأنه وجد بها عيباً ، أو حصل من الزوجة لأنها وجدت به عيبا ،

وذلك لعدة أمور :

الأمر الأول : أن الفسخ إن كان قد حصل من الزوجة فقد حصلت الفرقة من جهتها فيؤدى هذا إلى سقوط مهرها ، وإن كان الفسخ قد حصل من الزوج فإنما كان هذا الفسخ لوجود عيب بالزوجة قد دلسته بإخفائه عن الزوج فالفسخ بسببها ، فصار الفسخ كأنه حصل من الزوجة .

الأمر الثانى : أن الزوج قد بذل العوض السليم وهو المهر فى مقابلة منافع الزوجة وقد تعذر على الزوج أن يستوفى هذه المنافع بوجود العيب فى الزوجة .

الأمر الثالث : أن قضية الفسخ هى أن يرد العوضان : المهر ، والبضع فكما رد الزوج بضعها كاملا لم يمس لأنه لم يدخل بها وجب أن يرد إليه مهره كذلك .

وهنا يمكن أن يثور سؤال هو لماذا جعلتم عيب الزوجة كأنها هى التى فسخت الزواج لكون عيبها هو السبب فى الفسخ ، ولم تجعلوا عيب الزوج كأنه هو الذى فسخ الزواج لكون عيبه هو السبب فى الفسخ؟

وقد أجاب العلماء عن هذا السؤال بأن الزوج قد بذل العرض أى المهر فى مقابلة منافع الزوجة ، فإذا كانت الزوجة معيبة فالفسخ من مقتضى العقد

لأنه لم يسلم للزوج حقه ، وأما الزوجة فإنها لم تبذل شيئا فى مقابلة منافع الزوج ، والعوض الذى ملكته سليم ، فكان مقتضاه أنه ليس لها الحق فى الفسخ ، إلا أن الشارع أثبت لها الحق فى فسخ الزواج لكى تدفع الضرر عنها ، فإذا اختارت الزوجة الفسخ لزمها أن ترد البدل الذى حصلت عليه كما لو ارتدت عن الإسلام (١) .

وإذا كان جمهور العلماء — كما سبق أن بينا — يرون أنه إذا حصل فسخ الزواج قبل أن يدخل الزوج بزوجته فإن الزوجة لا تستحق مهراً على الزوج ، فإن الحنفية قد خالفوا الجمهور فى هذا ، ويرون أنه إذا لم يكن الزوج قد دخل بزوجته ، ولم يكن قد خلا بها خلوة صحيحة ، فللزوجة نصف المهر إن كان لها مهر مسمى ، وأما إذا لم يكن لها مهر مسمى فلها المتعة (٢) .

والحنفية إنما يرون أن الزوجة لها نصف المهر إن حصلت الفرقة بينهما قبل الدخول وقبل الخلوة ، لأن الفرقة بين الزوجين بالعيوب عندهم لا تعد فسخا للزواج ، بل تعد طلاقا كما سبق أن بيناه فى الفصل الأول ، لأن الحنفية يرون أن التفريق بين الزوجين بالعيوب — كما سبق أن بينا — لا يكون — باتفاق عندهم — إلا بسبب من جهة الزوج ، وذلك لأنهم قد اتفقوا على أن الزوج ليس له الحق فى طلب التفريق بينه وبين زوجته إذا وجد بها عيبا من العيوب التى تمنع الاستمتاع ، وأما الذى له

---

(١) كشاف القناع جـ ٥ ص ١١٣ ، والمغنى جـ ٧ ص ٥٨٠ ، وتحفة المحتاج جـ ٧ ص ٣٥٠ . ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٠٤ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٤ ص ٢١٦ ، وحاشية البجيرمى على شرح الخطيب جـ ٣ ص ٤٠٥ ، والمختصر النافع ص ١٨٧ . والبحر الزخار جـ ٧ ص ٦٣ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٥٣٤ ، وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٠٩ .

الحق فى طلب التفريق عندهم فهو الزوجة فقط على خلاف بينهم فى تفصيل العيوب التى يحق للزوجة بمقتضاها أن تطلب التفريق ، فالفرقة إذا حصلت بين الزوجين فإن سبب ثبوتها ـ إذن ـ لايكون إلا بسبب قد حصل من الزوج ، وهذا السبب هو أن الزوج قد منع زوجته من إيفاء حقها الذى تستحقه بعقد الزواج ، وهذا ظلم للزوجة وضرر فى حقها ، إلا أن القاضى قام مقام الزوج فى رفع الظلم عن الزوجة .

والقاعدة عند الحنفية أن الفرقة إذا حصلت بسبب من جهة الزوج مختص بالزواج فإنها تكون فرقة بطلاق (١) .

وأيضاً فلأن الزواج الصحيح ، التام النافذ اللازم عند الحنفية لايكون قابلا للفسخ ، وأما فسخ الزواج بعدم كفاءة الزوج، والفسخ فى خيار العتق والفسخ فى خيار البلوغ(٢) فهو فسخ قبل تمام العقد ، فكان الفسخ فى هذه الحالات فى معنى الامتناع من إتمام العقد ، بخلاف الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب فهى فرقة بعد تمام العقد .

وإذا كانت الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب عند الحنفية طلاقا ، فالطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر للزوجة ، والخلوة الصحيحة بالزوجة تأخذ ـ عند الحنفية ـ حكم الدخول .

فالشرط فى سقوط نصف المهر ـ عند الحنفية ـ أن تكون المفارقة قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة ، أما لو اختلى الزوج بالزوجة خلوة صحيحة ثم فارقها فإنه يأخذ حكم الطلاق بعد الدخول ، أى يلزم الزوج بالمهر كله . .

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٣ ص ١٥٥٦

(٢) سبق أن بينا معنى خيار العتق وخيار البلوغ فى صفحة ٧٣ .

وخلوة العنين عند الحنفية تعد خلوة صحيحة ، لأنه لا وقوف لنا على حقيقة العنة ، فإنه يجوز أن يمتنع الزوج من وطء الزوجة باختياره تعنتا ، فوجب أن يدور الحكم على سلامة الآلة .(١)

ومع أن المالكية يتفقون مع الحنفية فى أن الفرقة بين الزوجين بسبب العيوب التى تمنع الاستمتاع تعد طلاقا ولا تعد فسخا - كما سبق أن بيناه فى الفصل الأول - فإنهم مع ذلك يرون أنه لا تستحق المرأة مهرا إذا وقعت الفرقة بسبب العيوب قبل الدخول . بل نجد المالكية يصرحون بأن الزوجة لا تستحق شيئا من المهر حتى لو وقع الرد من الزوج للزوجة بلفظ الطلاق ، وعللوا لهذا الحكم بأن العيب إذا كان بالزوج فقد اختارت الزوجة فراقه قبل أن يستوفى سلعتها ، وإن كان العيب بالزوجة فهى غارة مدلسة .(٢)

هذا ، وإذ كنا قد ذكرنا أن الحنفية يرون أنه إذا لم يكن الزوج قد دخل بزوجته ولم يكن قد خلا بها خلوة صحيحة ، فللزوجة نصف المهر إن كان لها مهر مسمى ، وأما إذا لم يكن لها مهر مسمى فلها المتعة ، فإننا نرى أن من المستحسن أن نوضح للقارىء معنى المتعة ، ومتى تجب ، ومتى تستحب وماهى المتعة الواجبة ، وإذا تنازع الزوجان فى المتعة فماذا يفعل القاضى هل يقدرها بحسب اعتبار حال الزوج أو بحسب اعتبار حال الزوجة ، أو بحسب اعتبار حالهما ؟ هذا هو موضوع البحث التالى .

---

(١) فتح القدير حـ ٣ صـ ٢٦٤
(٢) الشرح الصغير حـ ٢ صـ ٢٧٣

معنى المتعة :

أما معنى المتعة فهى : مال يدفعه الزوج لزوجته التى فارقها فى الحياة بطلاق أو ما فى معنى الطلاق بشروط خاصة تعويضا للزوجة عن وحشة الفرقة .

متى تجب المتعة :

وأما متى تجب المتعة؟ فالحنفية يرون أن الطلاق الذى تجب فيه المتعة نوعان :

النوع الأول : أن يكون الطلاق قبل الدخول بالزوجة فى زواج لم يسم المهر فيه ، ولم يفرض المهر بعد عقد الزواج .

وهذا النوع من الطلاق تجب فيه المتعة عند عامة العلماء ومنهم الحنفية كما ذكرنا ، وبه قال عبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس والحسن البصرى ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والشعبى ، والزهرى ، والنخعى ، والثورى ، والشافعى ، واسحاق بن راهويه ، وأبو عبيد ، وهو إحدى روايتين عن أحمد بن حنبل .

ويرى مالك أن المتعة لا تجب فى أى صورة من الصور ولكن تستحب ولا يجب للمرأة شىء سوى المتعة ، هذا هو الحكم .

قال العلامة أحمد الدردير أحد أعلام المالكية : ومشهور المذهب الندب ، وقيل بوجوبها ، والقرآن أظهر فى الوجوب من الندب ، ولكن صرفه عنه صارف عند الإمام[١] .

---

(١) الشرح الصغير جـ ٢ صـ ٢٥٤ ، والمغنى جـ ٨ صـ ٤٨ ، وبدائع الصنائع جـ ٣ صـ ١٤٨٣

فالمتعة لا تجب عند مالك كما بينا فى أى صورة من الصور بل هى مستحبة ، وقد استثنى المالكية من الحكم بالاستحباب عدة أنواع لاتستحب لها المتعة ، وهى المختلعة أى المرأة التى اتفقت مع زوجها على أن تعطيه مقدارا من المال مقابل طلاقها منه ، وعللوا هذا الحكم بأن المتعة يعطيها الزوج لمن طلقها زيادة على المهر لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق ، ولما كان الطلاق قد جاء من ناحية المرأة فلا كسر لخاطرها .

والمتعة أيضا لا تستحب عند المالكية للمرأة إذا طلقت قبل الدخول فى زواج حصل فيه تسمية للمهر ، وذلك لأنها أخذت نصف المهر مع بقاء سلعتها سليمة .

ولا تستحب المتعة أيضا عندهم للتى فوض لها طلاقها ، ولا للمرأة التى اختارت فسخ الزواج لأنها كانت جارية متزوجة من عبد ثم أعتقها سيدها ، ولا للمرأة التى اختارت المفارقة لوجود عيب من العيوب التى تبيح طلب التفريق بين الزوجين ، كالبرص ، والجذام ، وما ماثل هذا .

وبالإجمال فإن المتعة لا تستحب عند المالكية للمطلقة قبل الدخول بعد أن فرض لها مهر ، ولا تستحب المتعة للمرأة إذا كانت الفرقة بينها وبين زوجها قد جاءت من جهتها(١) .

واحتج مالك ومن وافقه على أن المتعة مستحبة إلا ما استثنى بقول الله تبارك وتعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين »(٢) وقوله سبحانه : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين »(٣) .

---

(١) الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥

(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٦ (٣) سورة البقرة الآية ٢٤١

ووجه الاستدلال بالآية الأولى أن الله تبارك وتعالى سمى المتعة إحسانا بقوله : « حقا على المحسنين » والمحسنون هم المتطوعون فيكون ذلك قرينة تصرف الأمر فى قوله تعالى « ومتعـــوهن من الوجوب إلى الندب .

ووجه الاستدلال بالآية الثانية أن الله سبحانه قيد المتعة بالمتقى فى قوله تعالى : « حقا على المتقين » والواجب لا يختلف فيه المتقى وغيره .

فلما قيدت الآيتان المتعة بالمحسن والمتقى فى قوله تعالى : « حقا على المحسنين » وفى قوله تعالى : « حقا على المتقين » والواجب لا يختلف فيه المحسن والمتقى وغيرهما كان ذلك دليلا على أن المتعة ليست واجبة .

وقد أجاب المخالفون على استدلال مالك ومن وافقه بأننا نمنع قصر كلمة المحسن على المتطوع، بل كلمة المحسن كلمة عامة تشمل المتطوع وتشمل القائم بالواجبات أيضا ، فلا تكون كلمة « المحسنين » فى الآية متنافية مع الوجوب ، فلا تكون صارفة للأمر عن الوجوب إلى الندب .

وإذا كان الواجب لا يختلف فيه والمحسن والمتقى وغيرهما فإن ذلك كما يلزمنا يلزم مالك ، لأن المستحب أيضا لا يختلف فيه المتقى والمحسن وغيرهما ، ثم إن الإيجاب على المحسن والمتقى لا يتنافى مع الإيجاب على غير المحسن والمتقى .

فالله تبارك وتعالى قد أخبر أن القرآن هدى للمتقين فى قوله سبحانه ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين ، ومع ذلك فإن القرآن كما هو أنه هدى للمتقين لا ينفى هذا كونه هدى للناس كلهم ، وكذا يقال فى مسألتنا هذه وأما عامة العلماء فقد احتجوا على الوجوب بما يأتى :

أولا : بقوله تعالى : « لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أوتفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » الآية.

ووجه الاستدلال من عدة نواح ، إحداها : أن الأمر فى قوله سبحانه « ومتعوهن » مطلق والأمر المطلق يفيد الوجوب ، والناحية الثانية أن الله تعالى قال : « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وكلمة « على » هى كلمة تدل على الوجوب ، والناحية الثالثة أن الله تعالى قال « حقا على المحسنين » ليس فى ألفاظ الإيجاب ، كلمة أوكد من أن تقول : حق على كذا لأن الحقية تقتضى الثبوت ، ودلت كلمة «على» على الإلزام ، فالجمع بين كلمة «حقا» وكلمة « على » يقتضى التوكيد .

ثانياً : أن هذا طلاق فى زواج يقتضى عوضا فلم يخل عن العوض ، كما لوكان قد سمى فيه المهر .

النوع الثانى : من نوعى الطلاق الذى تجب فيه المتعة عند الحنفية ، هو أن يكون الطلاق قبل الدخول فى زواج لم يسم فيه المهر ثم تراضى الزوجان على تسمية للمهر بعده .

وهذا النوع قد اختلف العلماء فيه ، فيرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف كما ثبت عنه فى قوله الآخر أن المتعة فى هذا النوع واجبة ، وهو مروى عن أحمد بن حنبل .

ويرى مالك والشافعى ، وأبو يوسف فى رأى كان يراه أولا ثم قال بالرأى السابق الموافق لرأى أبى حنيفة ومحمد أنه . لايجب لها متعة بل يجب فقط نصف المهر الذى فرض بعد العقد ، كما إذا كان المهر مفروضا فى العقد ، وهذا أيضاً قول عبد الله بن عمر ، وعطاء ، والشعبى والنخعى ، وأبى عبيد ، وبعض الحنابلة .

فأما مالك ومن معه فقد احتجوا بما يأتى :

أولا : بقول الله تبارك وتعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » .

ووجه الاستدلال أن الله تعالى قد أوجب نصف المهر المفروض فى الطلاق الذى حدث قبل الدخول مطلقا ، ولم يفصل بين ما إذا كان الفرض للمهر فى عقد الزواج أو بعد عقد الزواج .

ثانيا : فرض المهر بعد العقد كفرض المهر فى العقد ، ولما كان المهر المفروض فى العقد يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » فيجب أن يكون المهر المفروض بعد العقد كذلك .

ثالثا : أن الزوج لم يستوف منفعة بضعها فيكفى أن يكون لها نصف مهرها لما لحقها من وحشة الفرقة والابتذال .

وقد استدل لما يراه أبو حنيفة ومحمد بأنه إذا حصل عقد الزواج بدون تسمية للمهر فإن مهر المثل يجب بنفس العقد لأن ذلك حكم العقد الذى لم يسم فيه مهر فإذا فرض المهر بعد العقد فإن ذلك يكون تقديرا للمهر الذى وجب بعقد الزواج وهو مهر المثل ، ولما كان مهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول وتجب المتعة فكذلك يجب أن يكون الحكم فيما هو بيان وتقدير لمهر المثل ، لأنه تقدير لذلك الواجب .

الطلاق الذى تستحب فيه المتعة :

يرى الحنفية أن الطلاق الذى تستحب فية المتعة نوعان :

طلاق بعد الدخول ، وطلاق قبل الدخول فى زواج حصل فيه تسمية للمهر .

ويرى الشافعى فى مذهبه الجديد وهو الأرجح عند الشافعية أن المتعة فى الطلاق بعد الدخول واجبة .

والرأى الثانى للشافعى وهو القول القديم أنه لامتعة للمدخول بها .

وقداحتج الشافعى لقوله الجديد بقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن الله تعالى جعل للمطلقات متاعا عاما ، إلا أنه خصصت من هذا العموم المرأة إذا طلقت قبل الدخول فى زواج حصل فيـــه تسمية للمهر ، فبقى على ظاهر العموم المطلقة قبل الدخول فى زواج لم يحصل فيه تسمية للمهر والمطلقة بعد الدخول .

وقد رد الحنفية على استدلال الشافعى بالآية الكريمة : « والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » بأن المتاع فى الآية الكريمة إما أن يحمل على الندب والاستحباب ، أى تستحب المتعة ، ونحن نقول إنه يندب الزوج إلى ذلك ، كما يندب الزوج إلى أن يؤدى المهر كاملا للزوجة إذا طلقها قبل الدخول .

أو يحمل المتاع فى الآية الكريمة على النفقة والكسوة فى حال قيام العدة لأن كل ذلك متاع ، إذ المتاع اسم لكل شىء ينتفع به ، ونكون بهذا قد عملنا بالأدلة كلها بقدر الإمكان .

واحتج الحنفية بما يأتى : أولا : إن المتعة وجبت للمرأة بالزواج بدلا عن البضع ، فإذا استحقت المهر المسمى أو مهر المثل بعد الدخول فلو وجبت لها المتعة مع ذلك لأدى إلى أن يكون الملك الواحد له بدلان . ولأدى إلى الجمع بين البدل والأصل فى حالة واحدة وهذا ممنوع .

ثانيا : أن العلماء قد أجمعوا على أن المطلقة قبل الدخول فى زواج قد

حصل فيه تسمية للمهر لا يجب لها المتعة وإذا كانت المطلقة قبل الدخول فى زواج قد حصل فيه تسمية للمهر لا يجب لها المتعة فالمطلقة بعد الدخول لا يجب لها المتعة من باب أولى . وذلك لأن المطلقة الأولى تستحق نصف المهر والمطلقة الثانية تستحق كل المهر ، فالأولى لما استحقت نصف المهر كان ذلك مانعا لها من استحقاق المتعة ، والثانية لما استحقت المهر كله تكون من باب أولى لا تستحق المتعة .

وقد أجاب الشافعية على هذا الاستدلال بأن جميع المهر وجب للدخول بها فى مقابلة أن الزوج قد استوفى منفعة البضع ؛ فكان الطلاق خاليا عن الجبر بأى مال، فجبرنا ذلك بالمتعة، بخلاف المرأة التى وجب لها نصف المهر - لأنه لم يدخل بها الزوج - فإن بضعها بقى على سلامته بعد المفارقة ، فكان نصف المهر الذى وجب لها جابرا لوحشة المفارقة والابتذال .

هذا ، وقد بين الشافعية أن كل فرقة ليست بسبب الزوجة حكمها حكم الطلاق فى إيجاب المتعة وعـــدم إيجابها إذا لم يسقط بهذه الفرقة نصف المهر .

وأما إذا كانت الفرقة من الزوجة أو بسببها ، كما إذا كانت قد ارتدت عن الإسلام ، وكما إذا فسخ الزواج لوجود عيب بالزوجة فإنه لا متعة لها، سواء أكانت الفرقة قبل الدخول أم بعده ، وعللوا هذا الحكم بأن المهر يسقط بذلك ، ووجوب المهر آكد من وجوب المتعة ، بدليل أن الزوجين لو ارتدا معا قبل الدخول فإنه لا يجب لها متعة ويجب لها نصف المهر ، والفرق أن ملك الزوجة للمهر سابق على الردة ، بخلاف المتعة .

تفسير المتعة

اختلف العلماء فى تفسير المتعة فيرى الحنفية أن المتعة الواجبة ثلاثة أثواب قميص للمرأة ، وخمار ، وملحفة أى ملاءة تلتحف بها المرأة ، وهذا الرأى أيضا روى عن الحسن البصرى ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، والشعبى .

وروى عن عبدالله بن عباس رضى الله عنهما أنه قال : أرفع المتعة الخادم ، ثم دون ذلك الكسوة ، ثم دون ذلك النفقة ، هذا ماقال الكاسانى إنه مروى عن عبدالله بن عباس، وأما ابن قدامة فقد قال إن ابن عباس قال: أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة .

ويرى الشافعية أنه يستحب أن لاتنقص المتعة عن ثلاثين درهما من الفضة أو ماقيمته ذلك . وهذا أدنى المستحب عند الشافعية وأعلى المستحب عبد وأوسطه ثوب ، قالوا : ويسن ألا تبلغ نصف مهر المثل ، لكن لو بلغته أو جاوزته جاز ، لأن الآية مطلقة .

وقد استدل فى هذا الرأى :

بما روى عن أبى مجلز أنه قال : قلت لابن عمر رضى الله عنهما أخبرنى عن المتعة وأخبرنى عن قدرها فإنى موسر ، فقال : اكس كذا ، اكس كذا ، اكس كذا ، قال : فحسبت ذلك فوجدته قدر ثلاثين درهما ، فدل أنهما مقدرة بثلاثين درهما .

وأما الحنفية فيستدلون على رأيهم بما يأتى :ـ

أولا بقوله تعالى : فى آية المتعة : « متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » والمتاع اسم للعروض فى العرف .

ثانياً : لأن إيجاب الأثواب له نظير فى أصول الشرع ، وهو الكسوة

التى تجب للمرأة حال قيام الزواج ، وحال قيام العدة ، وأدنى ما تكتسى به المرأة وتستتر به عند خروجها من منزلها ثلاثة أثواب ولا نظير فى أصول الشرع لايجاب ثلاثين ، فكان إيجاب ماله نظير وهو الأثواب أولى مما ليس له نظير وهو الثلاثون .

ثم رد الحنفية على ما استدل به للشافعى بما قاله ابن عمر ، فقالوا إن قول عبد الله بن عمر هو دليل لما نراه ، وذلك لأن ابن عمر أمره بالكسوة ولم يأمره بدراهم مقدرة ، وغاية الأمر أنه اتفق أن قيمة الكسوة بلغت ثلاثين درهما ، وهذا لا يدل على أن التقدير فيها بالثلاثين . ونقل عن الشافعى قول آخر هو أنه يرجع فى تقديرها إلى الحاكم ، وذلك لأن هذا أمر لم يرد فى الشرع تقديره ، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيه ، فيجب أن يرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور التى يجتهد فيها .

وأما أحمد فاختلفت الرواية عنه ، فروى عنه أنه قال : أعلاها إن كان موسراً عبد وإن كان فقيرا متعها كسوتها قميصا وخمارا وثوبا يجوز لها أن أن تصلى فيه ، وروى عنه أيضا أنه يرجع فى تقديرها إلى الحاكم كما هو أحد قولى الشافعى ، وروى عنه رواية ثالثة أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل .

وقال الحنفية إن الزوج إذا لم يعطها أثوابا بل أعطاها قيمة الأثواب دراهم أو دنانير فإنه ليس من حق المرأة أن تتمسك بالأثواب ، بل تجبر على قبول القيمة ، لأن الأثواب ليست واجبة لعينها ، بل واجبة من حيث إنها مال .

هل تعتبر بحال الزوج أو بحال الزوجة

إذا تنازع الزوجان فى قدر المتعة ، فماذا يفعل القاضى ؟ هل يقدرها معتبرا حال الزوج من يسار وإعسار ، أو حال الزوجة من نسبها وصفاتها ، أو حالهما جميعا ، اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة آراء :

الرأى الأول : أن قدر المتعة يعتبر بحال الزوج فى يساره وإعساره ، وهذا مايقول به المالكية ، ويقول به أبو يوسف من الحنفية ، ويقول به أحمد، وهو أحد آراء الشافعية .وقد استدل لهذا الرأى بقوله تعالى: «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره . فالآية صريحة فى أنها جعلت المتعة على قدر حال الرجل فى يساره وإعساره ، فتختلف تبعاً لذلك،فلو كانت المتعة معتبرة بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره .

الرأى الثانى : أن قدر المتعة يعتبر بحال المرأة فى يسارها وإعسارها ، وهو أحد آراء الشافعية،وقد استند هذا الرأى إلى أن المتعة بدل عن بضع المرأة فيجب أن يعتبر حالها .

الرأى الثالث : أن قدرالمتعة يعتبر بحال الرجل والمرأةجميعاً ، من يسار الزوج وإعساره ، ونسب المرأة وصفاتها ، وهذا أحدالآراء عند الشافعية ، والظاهر أنه أقوى الآراء عندهم ، قد استدل لهذا الرأى بأن الله تعالىاعتبر فى المتعة شيئين :

أحدهما : حال الرجلفىيساره وإعساره بقوله تعالى «على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» .

الثانى : أن يكون مع ذلك بالمعروف بقوله تعالى:«متاعا بالمعروف».

وعلى هذا فلو اعتبرنا فى تقدير المتعة حال الزوج وأغفلنا حال الزوجة

فإن ذلك قد لايكون بالمعروف ، وذلك لأنه يقتضى أنه لو تزوج رجل امرأتين ، إحداهما شريفة والأخرى غير شريفة ، ثم طلقهما قبل أن يدخل بهما ولم يسم لهما مهراً أن يكونا متساويتين فى المتعة باعتبار حال الرجل ، وهذا ليس من المعروف فى عادات الناس بل هو منكر فيكون خلاف نص القرآن(١) .

هل لكل مطلقة متعة ؟

اختلف العلماء فى ذلك على رأيين :

الرأى الأول

أن كل مطلقة لها متعة ، وهذا الرأى روى عن أحمد بن حنبل ، وتوجد رواية أخرى عن أحمد أنه لايحكم بالمتعة إلا للمرأة التى لم يسم لها مهر . وكذلك روى عن على بن أبى طالب أن لكل مطلقة متعة ، وروى هذا أيضاً عن الحسن البصرى ، وسعيد بن جبير ، وأبى قلابة ، والزهرى ، وقتادة ، والضحاك وأبى ثور .

الرأى الثانى

أن من وجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة ، سواء أكانت ممن سمى لها مهر ، أو كانت لم يسم لها مهر لكن فرض لها المهر بعد العقد .

وهذا مايراه أبو حنيفة فى المرأة التى سمى لها مهر ، وهو مايراه بعض الحنابلة .

---

(١) الشرح الصغير حـ٢ ص٣٥٤ بدائع الصنائع حـ٣ ص١٤٨٢ - ١٤٨٧ والمغنى حـ٨ ص٥٢ ، ٥٣ ، ومغنى المحتاج حـ٣ ص٢٤١ ، ص٢٤٢ وحاشية البجيرمى حـ٣ ص٤٠٥ ، ٤٠٦

دليل الرأى الأول

استدل للرأى الأول بقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » فإن ظاهر هذا النص يفيد أن كل مطلقة لها متعة .

كما استدل له بقوله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم : « يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا »(١) .

أدلة الرأى الثانى

وأما الرأى الثانى فقد استدل له بما يأتى :

أولا : قول الله تعالى : « لاجناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن » ثم قال سبحانه : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » .

ووجه الاستدلال أن الله تعالى خص الأولى بالمتعة وهى التى طلقت قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهر ، وخص الثانية بنصف المهر المفروض ، مع تقسيم النساء إلى قسمين ، وإثباته لكل قسم حكما ، فدل ذلك على أن كل قسم مختص بحكمه .

قالوا : وإذا كان الدليل الذى استدل به أصحاب الرأى الأول يفيد أن المتعة لكل مطلقة فهذا الدليل الذى استدللنا به يخصص ما استدلوا به .

قالوا : ويحتمل أن يكون الأمر بالمتاع فى غير المفوضة محمولا على الاستحباب لا على الوجوب ، لأن الآيتين اللتين استدللنا بهما تفيدان عدم

---

(١) سورة الأحزاب الآية رقم ٢٨

الوجوب ، فإذا قلنا بإن الأمر بالمتاع فى غير المفوضة محمول على الاستحباب لا على الوجوب فإن ذلك يكون جمعا بين دلالة الآيات والمعقول ، وذلك لأن المهر عوض واجب فى عقد ، فإذا سمى فى العقد عوض صحيح فإنه لا يجب غيره كما هو الحكم فى سائر عقود المعاوضات .

ثانيا : المتعة لا تجب لها قبل الفرقة ولا مايقوم مقامها ، فلم تجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها (١) .

وبهذا ينتهى ما نريد أن نقوله توضيحا للمتعة ، ولننتقل بعد ذلك إلى الكلام عن حكم المهر إذا كان الفسخ بعد الدخول .

حكم المهر إذا كان الفسخ بعد الدخول

إذا حصل فسخ عقد الزواج بعد أن دخل الزوج بزوجته ، بأن كان الزوج لم يعلم بوجود العيب فى زوجته إلا بعد الدخول ، فإن الزوجة تستحق المهر كله ، وذلك لأن المهر يجب على الزوج بمجرد حصول عقد الزواج ، ويستقر المهر بالدخول .

ووجوب المهر إذا حصل الفسخ بعد الدخول أجمع عليه العلماء (٢) ، كما أجمع

---

(١) المغنى جـ٨ صـ ٤٨ ، ٤٩

(٢) الدخول يحصل بالوطء ، أى بتغييب رأس الذكر أو قدرها إذا كان الزوج قد قطع رأس ذكره ، والدخول يحصل بالوطء حتى لو لم تزل البكارة ، أو لم ينتشر الذكر ، أو كان الوطء قد حصل بإدخالها هى ذكره .

واختلف العلماء فى الزوج إذا كان صغيرا لا يمكن وطؤه فأدخلت زوجته ذكره فيها ، والمعتمد عند الشافعية أنه يأخذ حكم وطء الكبير ، قالوا وإذا كان وطء الصغير الذى لا يمكن وطؤه لا يعتبر فى تحليل المرأة

العلماء أيضا على أنه إذا دخل بها فإنه يلزمها العدة ، وقد بين العلماء تعليلهم لإيجاب المهر بالدخول ، وهو أن المهر قد وجب بعقد الزواج وصار دينا فى ذمة الزوج ، والدخول لا يسقط هذا الدين ، لأن الدخول ما هو إلا استيفاء المعقود عليه ، واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل لا أن يسقطه ، كما هو الحكم فى الإجارة .

= لزوجها الأول الذى طلقها ثلاث مرات فإن الفرق بين المسألتين من ناحيتين ، إحداهما أن التحليل مبنى على اللذة بخلاف هذا ، والثانية أن القصد من وجوب وطء الزوج الثانى فى مسألة التحليل هو التنفير من إيقاع الطلاق الثلاث .

وقد بين العلماء أن الزوجة إذا أذنت لزوجها فى وطئها بشرط أن لا مهر لها ، فلا اعتبار لهذا الشرط وتستحق المهر ؛ وذلك لأن الوطء لا يباح بالإباحة ، فالبضع ليس حقا خالصا للمرأة ، بل فيه حق لله تعالى وهو أن إباحته متوقفة على إذن الشارع ، فإباحة الوطء فى الزواج لا تحصل لأن المرأة هى التى تبيح للرجل أن يطأها وإنما الذى أباح ذلك هو الشارع بواسطة العقد .

ويجب المهر للمرأة بالوطء حتى لو كانت صغيرة لا تصلح للوطء بحسب العادة .

وبين الشافعية أنه لو أزال بكارتها بإصبعه أو بعود فلا يتقرر به المهر ، وبينوا أيضا أن المرأة لو استدخلت منى زوجها من غير أن يحدث الوطء فإنه يجب عليها العدة ولا يجب عليه المهر .

وإذا عجز الزوج عن إزالة بكارة زوجته فأذن لامرأة مثلا فى أن تزيل هى بكارتها ، كما كان يقع كثيرا فى قرى مصر ، فالحكم — كما بين =

وأيضا فلأن المهر يتأكد بتسليم المبدل من غير استيفاء فيتأكد بالتسليم مع الاستيفاء من باب أولى(١) .

ولكن ما هو المهر الواجب للزوجة إذا كان الفسخ بعد الدخول ؟ هل هو المهر المسمى ، أى المهر الذى اتفق عليه المتعاقدان عند عقد الزواج ، أو اتفقا عليه بعد عقد الزواج قبل أن يدخل الزوج بزوجته ، أو اتفق عليه بعد عقد الزواج قبل موت أحد الزوجين ، أم هو مهر المثل ، وهو المهر الذى يرغب به فى مثل الزوجة بحسب العادة ؟

هنا اختلف العلماء على رأيين :

الرأى الأول : يجب المهر المسمى

وهذا ما يراه المالكية ، والحنفية ، وهو الرأى الراجح عند أصحاب الشافعى بشرط أن يكون العيب قد حدث بعد الوطء ، وعلل الشافعية لهذا

= الشافعية — أنه يلزم المرأة التى أذن لها الزوج دية هذه الجراحة ، وعللوا هذا الحكم بأن إذن الزوج للمرأة فى أن تزيل البكارة لا يسقط الضمان .

وهنا قد يقول قائل إن الزوج يستحق إزالة البكارة فيجب أن ينزل فعل المرأة التى أذن لها منزلة فعله ، والجواب عن هذا أن الزوج يستحق إزالة البكارة بنفسه لا بغيره .

ولا تجوز إزالة البكارة بالإصبع أو غير ذلك ، لأنه لو كان ذلك جائزا لما كان عجز الزوج عن إزالة البكارة مثبتا للخيار للمرأة فى أن تفسخ الزواج ، لأنه يقدر على إزالة البكارة بغير الوطء . حاشية البجيرمى على شرح الخطيب جـ ٣ ص ٣٩٧.

(١) المغنى جـ ٧ ص ٥٨٦ ، وبدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٤٥٨ ، وفتح القدير جـ ٣ ص ٢٦٤ .

بأن المهر قد استقر بالوطء قبل أن يوجد سبب الخيار، فإذا وجد ما يحصل الخيار بسببه فلا يغير ذلك .

هذا هو الرأى الأصح من آراء أصحاب الشافعى ، أى يجب المهر المسمى بعد الوطء إن كان العيب قد حدث بعد الوطء.

وتوجد آراء أخرى لأصحاب الشافعى ، أحدها أنه يجب المهر المسمى مطلقا ، أى سواء أكان العيب قد حدث بعد الوطء أم لا ، وعلل هذا الرأى بأن المهر قد تقرر وثبت بالدخول ، ورأى آخر يقول بوجوب مهر المثل مطلقا ، أى سواء أكان العيب قد حدث بعد الوطء أم لا .

ورأى يقول إن كان الزواج قد فسخ بعيب مقارن للعقد ينظر ، فإن كان العيب فى المرأة وجب مهر المثل ، وإن كان العيب فى الرجل وجب المهر المسمى .

فالشافعية على الرأى الأصح عندهم يرون وجوب المهر المسمى بشرط أن يكون العيب قد حدث بعد الوطء .

ويرى الحنابلة أيضا على الرأى الراجح عندهم وجوب المهر المسمى ، وكذلك يرى وجوب المسمى الزيدية من الشيعة ، والإمامية أيضا منهم(١) .

---

(١) الشرح الصغير حـ ٢ ص ٢٧٣ ، وفتح القدير حـ ٣ ص ٢٦٤ ، ومغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٥ ونهاية المحتاج للرملى حـ ٦ ص ٣١٣ والمغنى حـ ٧ ص ٥٨٦ ، والبحر الزخار حـ ٣ ص ٦٣ ، والمختصر النافع ص ١٨٧ .

الرأى الثانى : يجب مهر المثل

وجوب مهر المثل بعد الدخول مطلقا أى سواء أكان العيب قد حدث بعد الوطء أم لا ، هو رأى مرجوح عند أصحاب الشافعى كما سبق أن وضحناه ، والأصح عند الشافعية أن مهر المثل يجب فى الصور الست الآتية :

الصورة الأولى : أن يكون فسخ الزواج قد حصل بعد الوطء، بسبب عيب مقارن للعقد ، جهله الزوج إن كان العيب بالزوجة ، أو جهلته الزوجة إن كان العيب بالزوج .

الصورة الثانية : أن يكون فسخ الزواج قد حصل بعد الوطء بسبب عيب حادث بين العقد والوطء جهله الزوج إن كان العيب بالزوجة ، أو جهلته الزوجة إن كان العيب بالزوج .

وهاتان الصورتان ذكرهما النووى فى المنهاج(١)

الصورة الثالثة أن يكون فسخ الزواج قد حصل مع الوطء بسبب عيب مقارن للعقد .

الصورة الرابعة : أن يكون فسخ الزواج قد حصل مع الوطء بسبب عيب حادث بين العقد والوطء .

الصورة الخامسة : أن يكون فسخ الزواج قد حصل بعد الوطء بسبب عيب حدث مع الوطء .

وهذه الصور الثلاث الأخيرة ذكرها الشيخ زكريا الأنصارى فى شرح المنهج(٢) .

---

(١) منهاج الطالبين مع شرحه مغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٤ .

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج حـ ٤ ص ٢١٦ .

الصورة السادسة : أن يكون فسخ الزواج قد حصل مع الوطء بسبب عيب حدث مع الوطء .

وهذه الصورة السادسة زادها الرملى فى شرحه على المنهاج[١] .

هذه هى الصور الست التى يجب فيها مهر المثل على الرأى الأصح فى فقه الشافعية ، فالحاصل عند الشافعية أن الوطء مضمون عندهم بلا خلاف، وذلك لأن الوطء فى الزواج لا يخلو عن مقابل ، وإنما الخلاف بين الشافعية هو هل يجب المهر المسمى أو يجب مهر المثل ،

وقبل أن نترك ما يراه الشافعية نحب أن نوضح أمرين :

الأمر الأول : هو كيف يتصور فسخ الزواج مع الوطء ، مع أن الشافعية كما سبق أن بينا يرون أنه لابد فى فسخ الزواج من ثبوت العيب عند الحاكم .

الأمر الثانى : هو كيف يحدث العيب مع الوطء .

أما بخصوص كيفية فسخ الزواج مع الوطء ، فإن هذا يمكن تصويره بصورتين: إحداهما : أن يكون القاضى حاضرا عنده وقت الوطء ، لكن هذه الصورة يبعد حدوثها .

والصورة الثانية : أنه إذا لم يوجد حاكم يلجأ إليه الزوجان ، ولا يوجد شخص يمكن أن يكون حكما بينهما فإنه فى هذه الحالة لا يحتاج الفسخ للرفع للقاضى أو للحاكم ، لأنه غير موجود ، بل يحق لكل من الزوجين أن يستقل بفسخ الزواج فى هذه الحالة[٢] :

---

(١) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ٣١٢ .
(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤ ص ٢١٦ .

وأما بخصوص كيفية حدوث العيب مع الوطء فهذا متصور بأن تصاب المرأة بالجنون أو يصاب الرجل بالجنون عند الوطء .

وكما يجب مهر المثل بعد الدخول مطلقا على رأى مرجوح عند الشافعية فعلى رأى مرجوح أيضا عند الحنابلة يجب مهر المثل(١) .

دليل الرأى القائل بوجوب المهر المسمى :

أما الرأى الأول القائل بأنه يجب المهر المسمى ، فقد استند إلى أنها فرقة بين الزوجين قد حدثت بعد الدخول فى زواج صحيح ، فيه مهر مسمى صحيح ، فوجب المهر المسمى كما هو الحكم فى مهر الزوجة غير المعيبة ، وكالجارية التى تزوجت عبدا ، ثم أعتقها سيدها ، فإن لها الخيار فى فسخ الزواج بعد حصول حريتها ، وإذا فسخت الزواج ، فإن لها المهر المسمى إذا كان قد دخل بها .

ويدل على أن هذا الزواج صحيح عدة أمور :

الأمر الأول : أن هذا الزواج توفرت فيه الأركان والشروط ، فكان زواجا صحيحا كما لو لم يفسخه .

الأمر الثانى : أن الزوج لو لم يفسخ هذا الزواج بالعيب الذى وجده فى الزوجة لكان زواجا صحيحا ، فكذلك إذا فسخه ، مثل زواج الجارية إذا أعتقها سيدها وهى متزوجة من عبد .

الأمر الثالث : أن هذا الزواج تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت

---

(١) المغنى ﺟ ٧ ص ٥٨٦ ومغنى المحتاج ﺟ ٣ ص ٢٠٤، ٢٠٥ وتحفة المحتاج ﺟ ٧ ص ٣٥٠، ٣٥١ ، وبدائع الصنائع ﺟ ٣ ص ١٥٣٤ .

الإحصان للزوج ، وإباحة الزوجة لزوجها الأول الذى طلقها ثلاث مرات، وغير ذلك من سائر أحكام الصحة ،

الأمر الرابع : أن هذا الزواج لوكان زواجا فاسدا لما كان من الجائز أن يبقى ، ولكان من المتعين أن يفسخ ، وليس كذلك . فإنه يجوز إبقاؤه ما دام ذلك بالرضا(١) .

دليل الرأى القائل بوجوب مهر المثل :

استدل للرأى الثانى بأن الزوج قد استمتع بزوجة معيبة ، وهو إنما بذل المهر المسمى ، وهو يظن أن الزوجة سليمة من العيوب ، ولم تتحقق هذه السلامة ، فوجد بالزوجة عيبا ، فكأن العقد جرى من غير تسمية المهر(٢) .

هل الخلوة تأخذ حكم الدخول

اتفق العلماء على أن المهر يتأكد بأحد معنيين : الدخول الحقيقى، وموت أحد الزوجين موتا طبيعيا ، سواء أكان هذا المهر مسمى ، أو مهر المثل ، فلا يسقط شىء من المهر بعد ذلك إلا إذا حصل إبراء من صاحب الحق .

أما وجه كون المهر يتأكد بالدخول فمن أمرين :

الأمر الأول : أن المهر قد وجب بعقد الزواج وصار دينا على الزوج فى ذمته(٣) ، والدخول لا يسقطه ، لأن الدخول استيفاء المعقود عليه ،

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٥٨٦ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٤ .

(٣) لأن المهر قد وجب بعقد الزواج ، فإنه يجوز للمرأة أن تمتنع من=

. . . .

= تسليم نفسها لزوجها حتى تتسلم المهر الحال أى غير المؤجل ، وإذا امتنعت عن تسليم نفسها ، أو منعها الولى بسبب عدم تسليم المهر الحال ، استحقت النفقة وغيرها ، وجوبا طول مدة حبس نفسها عن زوجها ، أو حبس وليها إياها عنه .

ولو كان الذى زوج بنته غريبا عن بلد الزوج ولم يستوف مهر بنته الحال أى غير المؤجل فمن حقه أن يسافر بها إلى وطنه حتى يستوفى مهر بنته .

وكذلك المرأة البالغة الغريبة إذا زوجها الحاكم ولم تقبض مهرها الحال فإن من حقها أن تسافر إلى بلدها إذا كان معها محرم .

ثم إذا وفى الزوج المهر — قال بعض العلماء — ينبغى أن تكون أجرة النقل والرجوع إلى مكان العقد على المرأة ، لأنها سافرت بغير إذن الزوج ولا نفقة لها فى هذه الغيبة .

ولو تزوج امرأة من بلد ، وكان العقد عليها فى بلد آخر ، كما إذا كانت من سوريا مثلا ، وعقد العقد عليها فى غزة ، فهل يجب عليها أن تسلم نفسها فى بلد العقد وهى غزة أم لا ؟

أجاب العلماء بأنه يجب عليها أن تسلم نفسها فى البلد التى عقد عليها فيه وذلك اعتبارا بمحل العقد .

فإذا طلب الزوج زوجته إلى القاهرة مثلا فإن نفقتها من سوريا إلى غزة على الزوجة ، ثم نفقتها من غزة إلى القاهرة على الزوج .

وما هو حكم مؤنة الطريق من سوريا إلى غزة ؟ هل على الزوج أم على الزوجة ؟ اختلف العلماء فى ذلك على رأيين :

أحدهما أن مؤنة الطريق على الزوج لأن الزوجة قد خرجت بأمره =

فقد عقد الزوج على الزوجة وعندما دخل بها فقد استوفى المعقود عليه، واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل لا أن يسقطه كما هو الحكم فى الإجارة.

الأمر الثانى : أن المهر يتأكد بمجرد تسليم المبدل ولا يشترط استيفاؤه فيتأكد من باب أولى إذا حصل الاستيفاء مع التسليم.

وأما وجه كون المهر يتأكد بموت أحد الزوجين موتا طبيعيا قبل الدخول فمن أمرين :

الأمر الأول : أن المهر كان واجبا بالعقد، والعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى العقد نهايته، لأن عقد الزواج هو عقد للعمر فتنتهى نهاية هذا العقد عندما ينتهى العمر. وإذا انتهى عقد الزواج، يتأكد فيما مضى ويتقرر.

الأمر الثانى : أن كل المهر لما وجب بنفس العقد صار دينا على الزوج. ولم يعرف فى أصول الشريعة الإسلامية أن الموت يسقط الدين، فإذن لا يسقط شيء من المهر بالموت : كما لا يسقط أى دين من الديون بسبب الموت.

فالعلماء إذن - كما بينا - متفقون على أن المهر يتأكد بالدخول الحقيقى أو موت أحد الزوجين، واختلفوا فى الخلوة، هل يتأكد المهر بها، فإذا خلا الزوج بالمرأة التى عقد عليها خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل أن يدخل

= والرأى الثانى ان مؤنة الطريق على الزوجة، لأن التمكين واجب على الزوجة والتمكين إنما يحصل بغزة وهى بلد العقد.

قال البجيرمى بعد أن ذكر هذين الرأيين : وهو المعتمد، أى الرأى الثانى. حاشية البجيرمى على شرح الخطيب ج٣ ص٣٩٤، ٣٩٥.

بها أى قبل أن يطأها فى زواج حصل فيه تسمية للمهر ، فهل تأخذ الخلوة حكم الدخول الحقيقى ، فيتأكد المهر بها كما يتأكد بالدخول الحقيقى ، فيجب على الزوج إذا طلقها قبل الدخول وبعد أن اختلى بها خلوة صحيحة كمال المهر المسمى ، أولا تأخذ الخلوة حكم الدخول ، فإذا طلقها قبل الدخول ، وبعد أن اختلى بها لاتستحق إلا نصف المهر المسمى .

وقبل أن نبين ما يراه العلماء فى حكم الخلوة وأدلتهم فى ذلك ، يحسن أن نبين معنى الخلوة الصحيحة .

الخلوة الصحيحة هى التى يجتمع فيها الزوجان فى مكان يأمنان فيه أن يطلع الغير عليهما ، وألا يوجد فى هذا الاجتماع مانع يمنع من الجماع ، سواء أكان هذا المانع مانعا حقيقيا ، أو مانعا شرعيا ، أو مانعا طبيعيا .

أما المانع الحقيقى فهو أن يكون أحد الزوجين مريضا مرضا يمنع الجماع ، أو كان الزوج صغيرا لا يحصل الجماع من مثله ، أو كانت الزوجة صغيرة لا يصلح مثلها للجماع ، أو كانت الزوجة رتقاء ، أو قرناء ، لأن الرتق والقرن يمنعان من الوطء منعا حقيقيا .

وأما المانع الشرعى فهو أن يكون أحد الزوجين صائما صوم رمضان ، أو محرما بالحج سواء أكان فرضاً أو تطوعا ، أو محرما بالعمرة ، أو تكون المرأة حائضا ، أو نفساء ، لأن كل ذلك يحرم فيه الوطء ، فكان مانعا من الوطء شرعا .

والحيض والنفاس بجانب كونهما مانعين من الوطء شرعا فهما أيضا يمنعان منه طبعا ، لأن كلا من الحيض والنفاس أذى ؛ والطباع السليمة تنفر عن استعمال الأذى .

وأما المانع الطبعى فهو أن يكون معهما شخص ثالث ؛ لأن الإنسان يكره أن يجامع زوجته بحضور شخص ثالث ويستحي ؛ فينقبض عن الوطء بمشهد منه .

وسواء أكان الشخص الثالث بصيرا أو أعمى ، يقظا أو نائما ، بالغا أو صبيا عاقلا ، رجلا ، أو زوجة أخرى له ، أو امرأة أجنبية ، لأن الأعمى وإن كان لا يبصر فهو يحس بما يحصل حوله ، والنائم يحتمل أن يستيقظ فينقبض الإنسان عن الوطء مع حضوره ، والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الإنسان منه كما يحتشم من الرجل ، وأما إذا لم يكن الصبي عاقلا فهو ملحق بالبهائم لا يمتنع الإنسان عن الوطء مع حضوره ، ولا يلتفت إليه ، والإنسان يحتشم من المرأة الأجنبية ويستحي منها .

وإذا كان معهما زوجة أخرى له فإنها لا يحل لها أن تنظر إليهما ساعة الجماع فينقبض عنها .

هذا ما يتصل بمعنى الخلوة الصحيحة ، وأما بيان ما يراه العلماء فى حكم الخلوة الصحيحة هل تأخذ حكم الدخول الحقيقى أو لا ، فإن العلماء مختلفون فى هذا ، فيرى فريق من العلماء ومنهم الحنفية ، والشافعى فى مذهبه القديم ، والحنابلة ، والأباضية من الخوارج ، أن الخلوة الصحيحة إذا حدثت بعد عقد الزواج الصحيح يتأكد بها المهر ولو لم يحصل دخول حقيقى .

ويرى مالك والشافعى فى مذهبه الجديد ، وداود الظاهرى أن الخلوة الصحيحة لا تؤكد المهر ولا توجبه كله للزوجة ،

فلو خلا الزوج بالمرأة التى عقد عليها خلوة صحيحة . ثم طلقها قبل أن يدخل بها فإما أن يكون الزواج قد سمى فيه المهر أولا ، فإن كان المهر قد سمى فإنه عند من يقول بأن الخلوة الصحيحة تؤكد المهر ، يجب المهر المسمى كله ، وعند من يقول بأن الخلوة لا تؤكد المهر ، يجب على الزوج نصف المهر المسمى فقط .

وأما إذا لم يكن فى الزواج تسمية للمهر فإنه عند من يقول بأن الخلوة الصحيحة تؤكد المهر يجب كمال مهر المثل .

وأما الشافعى فيرى أنه يجب على الزوج المتعة .

وهذا الخلاف بين العلماء فى المهر يأتى أيضا فى وجوب العدة بعد الخلوة قبل الدخول ، فعند الحنفية ومن وافقهم تجب العدة على المرأة ، وعند الشافعى فى مذهبه الجديد ومن وافقه لا تجب عليها عدة(١) .

أدلة القائلين بأن الخلوة الصحيحة تؤكد المهر

الدليل الأول : قول الله عز وجل : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا . أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا »(٢) .

ووجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة ، أن الله سبحانه وتعالى نهى الزوج عن أن يأخذ ـ عند طلاق المرأة ـ شيئا مما أعطاه للمرأة من المهر ، وأبان عن معنى النهى لوجود الخلوة فإن الإفضاء هو الخلوة ، سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل .

واشتقاق لفظ الإفضاء دليل على أن المراد من الإفضاء هو الخلوة الصحيحة ، وذلك لأن لفظ الإفضاء مشتق من الفضاء من الأرض ، وهو الموضع الذى لا نبات فيه ، ولا بناء فيه ، ولا حاجز يمنع عن إدراك ما فيه ، فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه ، وهى التى لا حائل فيها ولا مانع يمنع الاستمتاع ، عملا بما يقتضيه اللفظ ، فظاهر النص يقتضى ألا يسقط شىء من المهر بالطلاق ، إلا أنه قد ثبت بدليل آخر سقوط نصف المهر بالطلاق إذا طلقها قبل الدخول وقبل الخلوة فى الزواج الذى سمى فيه

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٢ ص ١٤٥٨ ومغنى المحتاج جـ٣ صـ٢٨٤ ، وبداية المجتهد جـ ٢ صـ ٢٤ ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٦ ص ٤٣٥ .

(٢) سورة النساء الآيتان رقم ٢٠ ورقم ٢١ .

المهر ، وإقامة المتعة مقام نصف مهر المثل فى الزواج الذى لم يسم المهر فيه، فيبقى حال مابعد الخلوة على ظاهر النص الكريم .

الدليل الثانى

ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل » .

وهذا نص فى المسألة التى نتكلم فيها .

الدليل الثالث

ماروى عن زرارة بن أبى أوفى أنه قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أرخى الستور ، وأغلق الباب ، فلها الصداق كاملا ، وعليها العدة ، دخل بها أو لم يدخل بها .

الدليل الرابع

إجماع الصحابة من الخلفاء الراشدون وغيرهم ، فقد حكى الطحاوى إجماعهم فى هذه المسألة .

الدليل الخامس

أن المهر قد وجب بنفس العقد ، لأن العقد إحداث الملك ، والمهر يجب فى مقابلة إحداث الملك ، وأيضا فلأن عقد الزواج عقد معاوضة ، وهو معاوضة البضع بالمهر ، فيقتضى وجوب العوض كما هو الحكم فى عقد البيع .

إلا أن وجوب المهر بنفس العقد هو وجوب موسع ، وإنما يتضيق عند المطالبة به ، كما هو الحال فى الثمن فى عقد البيع فإنه يجب بنفس عقد البيع وجوبا موسعا، وإنما يتضيق عند مطالبة البائع بالثمن .

وإذا كان وجوب المهر يتضيق عند المطالبة به فإن الدين المضيق واجب القضاء ، يدل على ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الدين مضيق » .

الدليل السادس

أن المهر متى صار ملكا للمرأة بنفس العقد ، فالملك الثابت لإنسان لا يجوز أن يزول إلا بإزالة من المالك ، أو بعجزه عن الانتفاع بالمملوك ، ولم يوجد هنا شيء من ذلك ، إلا أن الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة أسقط نصف المهر بإسقاط الشرع .

الدليل السابع

أن المرأة قد سلمت المبدل إلى زوجها ، فيجب على زوجها أن يسلم البدل إليها كما فى عقد البيع وعقد الإجارة ، فإن البائع إذا سلم المبيع وجب على المشترى أن يسلم الثمن ، والمؤجر إذا سلم العين المؤجرة وجب على المستأجر أن يسلم الأجرة .

والدليل على أن المرأة قد سلمت المبدل أن المبدل هو مايستوفيه الزوج بالوطء وهو منافع البضع ، إلا أن المنافع قبل الاستيفاء معدومة فلا يتصور تسليمها ، لكن لها محل موجود وهو ذات المرأة ، والذات تسليمها متصور حقيقة ، فوجب أن يقام تسليم الذات مقام تسليم المنفعة ، كما هو الحال عقد الإجارة .

وقد وجد تسليم المحل ، لأن التسليم هو جعل الشيء سالما للمسلم إليه ، وذلك برفع الموانع ، وقد وجد هذا ، لأن الكلام هنا فى الخلوة الصحيحة ، والخلوة الصحيحة عبارة عن التمكن من الانتفاع ، ولا يتحقق التمكن من الانتفاع إلا بعد أن ترتفع الموانع كلها .

فثبت أنه وجد من الزوجة تسليم المبدل فوجب على الزوج أن يسلم البدل وهو المهر ، لأن عقد الزواج عقد معاوضة ، وأنه يقتضى تسليما بإزاء التسليم ، كما يقتضى ملكا بإزاء ملك تحقيقا بحكم المعاوضة ، كما فى عقد البيع وعقد الإجارة .

أدلة القائلين بأن الخلوة لا تؤكد المهر

استدل للرأى القائل بأن الخلوة المجردة عن الوطء لا تؤكد المهر بالأدلة الآتية :

الدليل الأول

قول الله تبارك وتعالى : «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم»(1) .

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن الله تبارك وتعالى قد أوجب نصف المفروض فى الطلاق قبل الدخول فى زواج فيه تسمية للمهر ، لأن المراد من المس فى الآية هو الجماع ، ولم تفصل الآية فى الحكم بين حال وجود الخلوة وعدمها .

فالذى يقول بوجوب كل المهر المفروض خالف نص الآية .

وقد أجيب من جهة الحنفية على هذا الاستدلال بأن بعض المفسرين قال إن المراد من المسيس هو الخلوة ، وعلى ذلك لا تكون الآية دليلا على دعوى الشافعية .

وأيضا فإن فى الآية إيجاب نصف المهر المفروض ، وليس فيها إسقاط للنصف الباقى ، فيكون النصف الباقى مسكوتا عن حكمه ، كما إذا قال

---

(1) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٣٧ .

شخص : نصف هذا الشيء لفلان ، فإن ذلك القول لا يكون نفيا لاستحقاق هذا الشخص للنصف الثاني ، فيكون حكم النصف الباقي من المهر مسكوتا عنه ، فوجب أن يبحث عن دليله ، وقد قام الدليل على إثباته ، وهو الأدلة التي ذكرناها .

الدليل الثاني

قول الله تبارك وتعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة، أي ولم تفرضوا لهن فريضة » ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره »[1] .

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أن الله تبارك وتعالى قد أوجب المتعة للنساء في حالة الطلاق في زواج لا تسمية فيه للمهر مطلقا ، من غير تفريق بين حال وجود الخلوة وعدم وجودها .

الدليل الثالث

قول الله تبارك وتعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن » .

ووجه الاستدلال ، أن هذه الآية الكريمة قد دلت على نفي وجوب العدة على المرأة ، ودلت على وجوب المتعة قبل الدخول ، ولم تفصل بين حال وجود الخلوة وحال عدم وجود الخلوة .

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٣٦ .

الدليل الرابع

أن تأكد المهر يتوقف على استيفاء الزوج للمستحق بالعقد، والمستحق بالعقد هو منافع البضع، واستيفاء هذه المنافع إنما يكون بالوطء ولم يوجد من الزوج وطء.

ولن يحصل ضرر للزوجة، لأن الزوج لا يخلو إما أن يستوفى المستحق بالعقد وهو منافع البضع، أو يطلق المرأة.

فإن استوفى المستحق بالعقد تأكد حقها فى المهر، وإن طلق المرأة يفوت عليها نصف المهر لكن بعوض هو أفضل لها، وذلك لأن المعقود عليه يعود عليها سليما مع سلامة نصف المهر لها.

ولا يصح أن يقاس الحال هنا على الحال فى عقد الإجارة، لأن الحكم هنا يختلف عن الحكم فى الإجارة، حيث لا يتوقف تأكد الأجرة على استيفاء المستأجر لمنافع العين المستأجرة، بل تتأكد الأجرة فى الإجارة بنفس التخلية، وذلك لأننا إذا قلنا يتوقف تأكد الأجرة على استيفاء منافع العين المؤجرة لكان فى ذلك ضرر بالمؤجر، لأن الأجارة مدة معلومة، فمن الجائز أن يمنع المستأجر من استيفاء منافع العين المؤجرة مدة الإجارة بعد حصول التخلية، فلو كان تأكد الأجرة متوقفا على حقيقة الاستيفاء -- وربما لا يستوفى المستأجر المنافع -- لفاتت عليه المنافع مجانا بلا عوض، فيتضرر به المؤجر، فأقيم التمكن من الانتفاع مقام استيفاء المنافع، لكن ندفع الضرر عن المؤجر.

وأما فى مسألتنا هذه فلا ضرر فى توقف تأكد المهر على استيفاء المستحق بالعقد وهو منافع البضع. فتأكد المهر متوقف على حقيقة الاستيفاء، ولم يوجد الاستيفاء فلا يتأكد المهر.

وقد أجيب من جهة الحنفية على هذا الاستدلال ، بأن قولكم إن تأكد المهر إنما يثبت باستيفاء الزوج المستحق بالعقد ممنوع ، بل إنه كما يثبت باستيفاء الزوج للمستحق يثبت ايضا بتسليم المستحق ، كما في الإجارة ، وتسليم المستحق يحصل بتسليم محله، وقد حصل تسليم المحل بالخلوة الصحيحة(١) .

هذا ، وقد قرر الحنفية أن خلوة الزوج العنين ، أو الخصى صحيحة ، وعلل الكاساني ذلك بأن العنة والخصاء لا يمنعان من الوطء ، فكانت خلوتهما كخلوة غيرهما(٢) .

وعلل الكمال بن الهمام لصحة خلوة العنين بأنه لا وقوف على حقيقة العنة ، فإنه يجوز أن يمتنع الزوج من وطء زوجة باختياره تعنتا ، فوجب أن يدور الحكم على سلامة الآلة ، ثم بين الكمال بن الهمام أنه يحرم على الزوج ترك وطء زوجته(٣) .

وأما خلوة المجبوب فقد اختلف الحنفية فيها ، فيرى أبو حنيفة أن خلوته صحيحة ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن خلوة المجبوب غير صحيحة .

أما وجه قول أبي حنيفة فإنه يتصور من المجبوب السحق ، فيمكن أن تحبل زوجته بهذه الوسيلة ، ولهذا لو جاءت زوجة المجبوب بولد يثبت النسب منه بالإجماع ، ولو طلقها بعد الدخول تستحق المهر كاملا ، فالمجبوب

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٣ ص ١٤٥٨ وما بعدها .

(٢) المصدر السابق حـ ٣ ص ١٤٦٢ .

(٣) فتح القدير حـ ٣ ص ٢٦٤ .

وإن لم يوجد منه الوطء المطلق فيتصور فى حقه ارتفاع المانع من وطء مثله ، فتصح خلوته وعلى زوجته العدة ، لأن الخلوة إذا صحت أقيمت مقام الوطء فى حق تأكد المهر ، ففى حق العدة أولى ، لأنه يحتاط فى إيجابها .

وأما وجه قول أبى يوسف ومحمد فهو أن الجب يمنع من الوطء ، فيكون مانعا من صحة الخلوة ، كالقرن والرتق فى المرأة .

وقد ذكر الكرخى أن على المرأة أن تعتد أيضا عند أبى يوسف ومحمد ، ونقل الكاسانى عن أبى يوسف قوله إن كان المجبوب ينزل فعليها العدة ، لأن المجبوب قد يقذف بالماء فيصل إلى الرحم ، لأن دخول المنى فى الفرج ليس محتاجا إلى الإيلاج ، ويثبت نسب ولده ، فتجب العدة احتياطا ، وإن كان لا ينزل فلا عدة عليها(1) .

---

(1) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٤٦٢ .

رجوع الزوج بالمهر على من غره

إذا لم يكن الزوج عالما بالعيب فى زوجته ، ثم فسخ الزواج لوجود هذا العيب ، فإذا كان الفسخ قد حصل بعد الدخول ، فإن المرأة لا يسقط حقها فى المهر ، بل يلزم الزوج بالمهر كله ، ثم بعد ذلك هل من حق الزوج أن يرجع بالمهر الذى لزمه على الشخص الذى غره فكتم العيب عنه ، فيطالبه بالمهر الذى لزمه ، أو ليس له الحق فى الرجوع على من غره ؟

اختلف العلماء فى ذلك على رأيين :

الرأى الأول

أن الزوج يرجع بالمهر على من غره ، وهذا ما يقول به الزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى فى مذهبه القديم ، وقد نقلت عن أحمد بن حنبل روايتان ، إحداهما يرجع الزوج بالمهر على من غره ، والثانية لا يرجع ، لكن ابن قدامة قال : الصحيح أن المذهب رواية واحدة وأنه يرجع به ، فإن أحمد قال : كنت أذهب إلى قول على ، فهبته ، فملت إلى قول عمر إذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فإن لها المهر بمسيسه إياها ، ووليها ضامن الصداق ؛ وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول .

وبناء على هذا الرأى القائل بأن للزوج أن يرجع بالمهر على من غره ، فإن كان ولى المرأة عالما بالعيب غرم المهر ، وإن لم يكن عالما بالعيب فالتغرير قد حدث من المرأة فيرجع الزوج عليها بجميع المهر .

فإذا حدث خلاف فى علم الولى بالعيب فى المرأة ، فإما أن توجد بينة أى شاهدان على إقراره بالعلم بالعيب ، أولا ، فإذا شهد شاهدان على الولى

بالإقرار بالعلم بالعيب رجع الزوج على الولى بالمهر ، وإذا لم يوجد شاهدان فالقول قول الولى مع يمينه .

ويفرق بعض العلماء القائلين برجوع الزوج على من غره فى الحكم بين ما إذا كان الولى أبا أو جدا ، أو ممن يجوز له أن يرى المرأة ، وما إذا كان الولى ممن لا يجوز له أن يرى المرأة كابن عمها .

فإذا كان الولى أبا أو جدا أو ممن يجوز له أن يراها كالأخ ، والابن ، فالتغرير قد حدث من جهته ، سواء أكان عالما بالعيب أو لم يعلم .

وأما إذا كان الولى ممن لا يجوز له أن يرى المرأة كابن عمها ، فإن كان عالما بالعيب غرم المهر . وإذا أنكر علمه بالعيب ، ولم يشهد شاهدان بأنه أقر بالعلم بالعيب ، فالقول قوله مع يمينه ، ويرجع الزوج على المرأة بجميع المهر .

هذا ، وقد بينت كتب المالكية أن الزوج يرجع بالمهر على الولى الذى لم يكن حال المرأة خافيا عليه ، مثل الأب ، والأخ ، والابن ، لحصول التدليس منه بكتمان العيب ، ولا يرجع الولى ، ولا الزوج على الزوجة بالمهر إذا كانت غائبة عن مجلس العقد .

وأما إذا كانت الزوجة قد حضرت مجلس العقد فإن الزوج له الخيار فى أن يرجع على الولى أو على المرأة ، لأن التدليس قد حصل منهما بالكتمان ، ثم إذا أخذ الزوج المهر من الولى فللولى أن يرجع على المرأة .

وإذا كان ولى المرأة بعيدا وشأنه أن يخفى عليه حالها ، كابن العم ، والحاكم ، فإن الزوج يرجع بالمهر على الزوجة فقط ، فيأخذ ما دفعه من المهر كله ، إلا ربع دينار . حتى لا يخلو البضع عن مهر ، فيكون الوطء فى هذا الزواج الخالى عن المهر كله شبيها بالوطء فى الزنا .

وإذا كان ولى المرأة البعيد عالما بالعيب وكتمه ، فحكمه حكم القريب ، فيرجع عليه الزوج بجميع المهر ، إن كانت الزوجة غائبة عن مجلس العقد ، وأما إذا كانت حاضرة بمجلس العقد فيرجع الزوج على الولى أو على المرأة .

لكن البعض الآخر من العلماء القائلين برجوع الزوج بالمهر على من غره ، يرون أن الولى — مطلقا — إذا لم يعلم بالعيب لا يغرم .

واستندوا فى هذا إلى أن التغرير قد حدث من غير الولى ، فلم يصح تغريمه ، وردوا على من فرق فى الحكم بين الولى إذا كان ممن يجوز له أن يرى المرأة ، والولى إذا كان ممن لا يجوز له أن يرى المرأة ، بأن قولهم بأن الزوج يرجع بالمهر على الولى الذى لا يخفى عليه حال المرأة لا يصح ، وذلك لأمرين :

الأمر الأول : أن عيوب الفرج لا اطلاع للولى عليها ، ولا يحل له أن يراها .

الأمر الثانى : أن العيوب تحت الثياب ، فالولى الذى يجوز له أن يرى المرأة والولى الذى لا يجوز له أن يراها سواء فى الاطلاع على عيوب المرأة ، إلا فى حالة الجنون ، فإن الجنون لا يكاد يخفى على من يراها . إلا أن يكون الولى غائبا .

وبهذا ننتهى من الكلام عن الرأى الأول فى هذه المسألة ، ولننتقل الآن إلى الكلام عن الرأى الثانى .

الرأى الثانى

لا يرجع الزوج بعد التفريق بالمهر الذى غرمه على من غره ، سواء أكان ولى المرأة هو الذى غره ، أو كانت المرأة نفسها هى التى غرته فى حالة العيب المقارن للعقد .

وهذا الرأى مروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ، وهو ما يراه أبو حنيفة ، والشافعى فى مذهبه الجديد بمصر .

أدلة الرأى الأول

استدل للرأى الأول بما يأتى :

الدليل الأول

ما روى مالك عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب ، قال : قال عمر ابن الخطاب : أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون ، أو جذام ، أو برص ، فمسها ، فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها .

الدليل الثانى

أنه قد غره فى الزواج بأمر يثبت به الخيار فى فسخ الزواج ، فوجب أن يكون المهر عليه ، كما لو غره فى امرأة أراد أن يتزوجها ، فزوجها له على أنها حرة وهى فى الحقيقة جارية .

دليل الرأى الثانى

استدل للرأى الثانى بأن الزوج قد استوفى منفعة البضع المتقوم عليه بالعقد ، لأنه حصل له الوطء فى مقابلة المهر ، فلا يرجع بالمهر على من غره ، كما هو الحكم فى البيع ، فإنه لو كان البيع معيبا فأكله المشترى فلا يرجع المشترى بالثمن على البائع .

ورد أصحاب هذا الرأى على القائلين بأن للزوج أن يرجع بالمهر على من غره ، بأنه يلزم من هذا أن يتحقق الجمع بين العوض والمعوض ، والجمع بين العوض والمعوض ممنوع .

صورة التغرير من المرأة

وقد صور العلماء حصول التغرير من المرأة بأن تسكت عن عيبها ، وتظهر لولي أمرها أن الخاطب يعرف هذا العيب فيها . أو تكون المرأة قد عقدت الزواج بنفسها — وهذا عند من يجيزون عقد الزواج بعبارة المرأة كالحنفية ومن وافقهم — أو تكون قد عقدت الزواج بنفسها وحكم حاكم بصحة العقد ، عند من يقول بعدم صحة الزواج بعبارة المرأة ، كالشافعية ومن معهم(١) .

إذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب

من الأحكام المقررة أن الطلاق قبل الدخول يسقط نصف المهر ، لقول الله تبارك وتعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير »(٢) .

فإذا طلق الزوج زوجته قبل أن يدخل بها ، ثم بعد حصول الطلاق علم أنه كان بالزوجة عيب من العيوب التى تثبت حق طلب التفريق بين الزوجين ، فيجب على الزوج نصف المهر ، وسقط النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول ، ثم بعد ذلك يأتى سؤال هو هل للزوج فى هذه الحالة الحق فى أن يرجع بنصف المهر الذى لزمه على من غره فكتم العيب الذى وجد بالمرأة ، أو ليس للزوج الحق فى الرجوع بنصف المهر على أحد ؟

---

(١) المهذب ج٢ ص ٤٨ ، والمغنى ج٧ ص٥٨٧ ، والشرح الصغير ج٢ ص ٢٧٣ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٥

(٢) سوره البقرة الآية رقم ٢٣٧ .

بين العلماء أنه ليس من حق الزوج أن يرجع بنصف المهر الذى لزمه على أحد ، وذلك لأن الزوج قد رضى بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلا حق له فى الرجوع به على أحد(١) .

إذا مات أحد الزوجين قبل العلم بالعيب

لا خلاف بين العلماء فى أن المهر يتأكد بأحد أمرين :

الأمر الأول : الدخول ، لأن المهر قد وجب بعقد الزواج ، وصار ديناً فى ذمة الزوج ، والدخول لا يسقط المهر ، لأن الدخول استيفاء المعقود عليه ، واستيفاء المعقود عليه يقرر البدل لا أن يسقطه ، كما فى الإجارة .

وأيضاً فلأن المهر يتأكد بتسليم المبدل من غير استيفائه فيكون متأكدا بالتسليم مع الاستيفاء من باب أولى .

الأمر الثانى : موت أحد الزوجين موتاً طبيعياً ، فلا نعلم خلافاً بين العلماء فى أن أحد الزوجين إذا مات حتف أنفه قبل الدخول فى زواج فيه تسمية للمهر ، أنه يتأكد المهر المسمى ، لأن المهر كان واجباً بالعقد ، والعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى العقد بالموت إلى نهايته ، لأن عقد الزواج عقد العمر فتنتهى نهايته عند انتهاء العمر ، وإذا انتهى العقد يتأكد فيما مضى ويتقرر .

وأيضاً فلأن كل المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً على الزوج ،

---

(١) الشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٧٦ ، والمهذب جـ ٢ ص ٤٨ ، والمغنى جـ ٧ ص ٥٨٨ ، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد جـ ٧ ص٥٨٤ ، والبحر الزخار جـ ٣ ص ٦٤ .

ولم نعرف فى أصول الشريعة الإسلامية أن الموت يسقط الدين، فلا يسقط شىء من المهر بالموت كسائر الديون فإنها لا تسقط بالموت .

فإذا مات أحد الزوجين قبل الدخول فلا نعلم خلافا بين العلماء فى أنه يتأكد المهر المسمى ، والسؤال الذى نطرحه الآن هنا هو هل إذا تبين بعد موت أحد الزوجين أنه كان بالزوجة عيب من العيوب التى تثبت حق طلب التفريق ، فهل المهر هنا أيضاً يثبت كاملا الزوجة ؟ وإذا ثبت المهر كاملا للزوجة فهل للزوج أن يرجع — على الرأى القائل بالرجوع — على من غره أم لا ؟

بين القائلون برجوع الزوج على من غره أن المهر يثبت كاملا للمرأة ، وليس للزوج حق الرجوع على أحد بالمهر الذى لزمه .

وعللوا هذا الحكم بأن سبب رجوع الزوج بالمهر على من غره ، هو فسخ الزواج ولم يوجد فسخ هنا ، وقد استقر المهر هنا ، بالموت ، فلا يرجع الزوج بالمهر على أحد(١) .

حكم السكنى والنفقة للمرأة بعد التفريق

علمنا مما سبق أن الفرقة التى تتم بين الزوجين بسبب عيب من العيوب التى تمنع الاستمتاع هى فرقة بائنة ، أى ليس من حق الزوج بعد حصول التفريق بينهما أن يعيد المرأة إلى الزوجية إلا بعقد جديد .

وسنذكر آراء العلماء فى حكم السكنى والنفقة للمرأة ، وما يستند إليه كل رأى ، والمناقشة التى نوقشت بها الأدلة ، فنقول :

---

(١) الشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٧٦ و المغنى جـ ٧ ص ٥٨٨

إذا حصل التفريق بين الزوجين بأحد العيوب التى تمنع الاستمتاع بعد الدخول ، فإما أن تكون الزوجة حائلا — أى غير حامل — أو تكون حاملا .

فإذا كانت الزوجة غير حامل فقد اختلف فيها على الصورة الآتية :

الرأى الأول : لا تستحق المطلقة بائنا(١) على زوجها نفقة ولا سكنى إذا كانت غير حامل .

(١) يحسن هنا أن نبين معنى كلمة « بائن » ينقسم الطلاق إلى رجعى وإلى بائن .

فالطلاق الرجعى هو الذى يكون من حق الزوج بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية من غير أن يحتاج فى ذلك إلى عقد جديد ، ما دامت المرأة لم تنته من العدة ، ولا يتوقف إعادتها إلى الزوجية على رضا المرأة أو رضى وليها ، فسواء رضيت المرأة أو لم ترض ، أو رضى وليها أو لم يرض ، فمن حق الزوج أن يعيدها إلى الزوجية بدون عقد جديد بشرط أن يكون ذلك فى أيام العدة .

وأما الطلاق البائن فهو إما أن يكون بائناً بينونة صغرى ، وإما أن يكون بائناً بينونة كبرى .

فالبائن بينونة صغرى هو الذى لا يكون من حق الزوج بعده أن يعيد المطلقة الى الزوجية الا اذا عقد عليها عقدا جديداً .

ويكون هذا الطلاق اذا لم يكن لثالث مرة ، وله حالات متعدده ، كأن يكون الزوج قد طلقها قبل الدخول فتبين منه بهذا الطلاق بينونة صغرى ، أو يكون قد طلقها على أن يأخذ منها مالا فى مقابل الطلاق ولم يكن مكملا للطلقات الثلاث فتبين أيضاً منه بهذا بينونة صغرى ، أو يكون طلاقا أوقعه القاضى بعد طلب الزوجة ، لوجود عيب من العيوب التى تمنع الاستمتاع ، أو لإضرار الزوج بالزوجة :

وهذا الرأى مايراه إسحاق بن راهويه ، وأبو ثور ، وداود بن على الظاهرى ، وابن حزم ، وحكى عن عبد الله بن عباس ، والحسن البصرى ، وعطاء ، والشعبى، وابن أبى ليلى . والأوزاعى، وهو إحدى روايات ثلاث عن الإمام أحمد ، وهو مايراه الإمامية .

الرأى الثانى : لا تستحق المطلقة بائنا غير الحامل نفقة وتستحق السكنى

وهو مايراه المالكية والشافعية ، ويراه جمهور العلماء كما حكى ذلك ابن حجر العسقلانى فى فتح البارى وهو رواية ثانية عن أحمد .

الرأى الثالث : يجب للمطلقة بائنا غير الحامل النفقة والسكنى .

وهو مايراه عمر بن الخطاب ، وعبدالله بن مسعود ، وعمر بن عبدالعزيز ، والثورى ، والحنفية ، وبعض الشيعة الزيدية ، وهو رواية ثالثة عن أحمد .

الرأى الرابع : يجب للمطلقة بائنا غير الحامل النفقة ولا يجب لها السكنى.

وهذا الرأى على عكس ما يراه أصحاب الرأى الثانى ، وهو مايراه بعض الشيعة الزيدية(١) .

= بالقول أو بالفعل كما يراه بعض العلماء ، فتبين المرأة بهذا الطلاق بينونة صغرى .

وأما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو الطلاق للمرة الثالثة ، وحكمه أنه لا يجوز للزوج أن يعيدها إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج غيره ، ويدخل بها الثانى دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها بالطلاق أو الموت ، وتنتهى عدتها منه، ويعقد عليها الأول من جديد، بدون أن يكون ذلك باتفاق وإلا كان زواج المحلل وزواج المحلل لا يجوز شرعا ، لقول الرسول ﷺ : لعن الله المحلل والمحلل له .

وإذا كان الطلاق رجعيا سميت المطلقة : رجعية ، وأما إذا كان الطلاق بائنا فتسمى : بائنا .

(١) مسالك الدلالة على مسائل متن الرسالة ص ٢١١ ، وبدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢١٩٩ ، وحاشية البجيرمى على شرح الخطيب جـ ٣ ص ٣٨٩ ، =

أدلة الرأى الأول

استدل أصحاب الرأى الأول بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية ، والمعقول ، وإليك بيانا لهذه الأدلة .

الدليل الأول

قول الله تبارك وتعالى: « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، وتلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ، لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ، ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب ، ومن يتوكل على الله فهو حسبه ، إن الله بالغ أمره ، قد جعل الله لكل شىء قدراً »(١) .

ووجه الاستدلال بهذه الآيات الكريمات أن الله سبحانه وتعالى قد أمر الأزواج الذين لهم الحق ـ عند وصول الزوجات إلى آخر عدتهن ـ فى أن يبقوا على الزوجات لديهم بمراجعتهن ، أو يسرحوهن ، أمر الله الأزواج الذين لهم الحق فى المراجعة أو التسريح بأن لا يخرجوا أزواجهم من

= ومغنى المحتاج جـ ٣ ص ٢٠٥ ، ونيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٠٣ ، وكفاية الأخيار جـ ٢ ص ٨٢ ، وزاد المعاد جـ ٤ ص ١٥٨ ، والمغنى جـ ٧ ص ٥٨٩، والمحلى جـ ١٠ ص ٢٨٢ ، والمختصر النافع ص ١٩٥، ٢٠٢ ، وفتح البارى جـ ٩ ص ٤٢٣ الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية .

(١) سورة الطلاق الآيات (١) ، (٢) ، (٣) .

من بيوتهن، وأمر زوجاتهم بأن لايخرجن، فدل هذا على أنه يجوز إخراج من ليس لزوجها الحق فى الإبقاء عليها بالمراجعة بعد الطلاق ، فإن الله سبحانه قد ذكر لهؤلاء المطلقات أحكاما متلازمة لا ينفك بعضها عن بعض ، أحدها أن الأزواج لا يخرجون الزوجات من بيوتهم ، والحكم الثانى أن الزوجات لا يخرجن من بيوت أزواجهن ، والحكم الثالث أن للأزواج الحق فى أمرين : فى إمساكهن بالمعروف ، أى الإبقاء عليهن بمراجعتهن قبل انقضاء العدة بحسن العشرة والإنفاق المناسب ، وفى ترك الإمساك فيفارقونهن بإحسان ، والحكم الرابع إشهاد عدلين ، وهو إشهاد على الرجعة إما وجوبا وإما استحبابا على الخلاف بين العلماء ، وأشار سبحانه إلى حكمة ذلك وأنه فى الرجعيات خاصة بقوله سبحانه : « لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » والأمر الذى يرجى أن يحدثه الله هنا هو مراجعة الزوجة ، هكذا قال السلف ومن بعدهم ، فقد روى عن الشعبى فى معنى قوله تعالى : « لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » قال: لعلك تندم فيكون لك سبيل إلى الرجعة ، وقال الضحاك : لعله أن يراجعها فى العدة ، وقال مثل هذا عطاء ، وقتادة ، والحسن البصرى ، قال ابن القيم : فهذا يدل على أن الطلاق المذكور هو الرجعى الذى ثبتت فيه هذه الأحكام ، وأن حكمة أحكم الحاكمين وأرحم الراحمين اقتضته لعل الزوج أن يندم ، ويزول الشر الذى نزغه الشيطان بينهما فتتبعها نفسه فيراجعها ، كما قال على بن أبى طالب رضى الله عنه : لو أن الناس أخذوا بأمر الله فى الطلاق ما تتبع رجل نفسه امرأة يطلقها أبدا .

ثم ذكر سبحانه وتعالى الأمر بإسكان هؤلاء المطلقات الرجعيات فقال بعد ذلك بآيتين : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم »(١) فالضمائر كلها متحد مفسرها ، وأحكامها كلها متلازمة ، فأفادت النصوص أنه يجوز إخراج من ليس لزوجها الحق فى الإبقاء عليها بالمراجعة بعد الطلاق(٢) .

---

(١) سورة الطلاق الآية رقم ٦ (٢) زاد المعاد ج ٤ ص ١٥٨

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال - من قبل الحنفية - بأنه استدلال بمفهوم المخالفة ، ومفهوم المخالفة ليس حجة عند الحنفية(١) .

---

(١) يحسن هنا أن نبين معنى مفهوم المخالفة ، وحتى يسهل فهم معنى مفهوم المخالفة . سنبين قبله معنى المنطوق ، ومعنى المفهوم ، ثم نبين معنى مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة .

المنطوق هو ما دل عليه اللفظ فى محل النطق، أى هو المعنى الذى لا تتوقف استفادته من اللفظ على أمر آخر غير مجرد النطق بهذا اللفظ .

وأما المفهوم فهو المعنى الذى تتوقف استفادته من اللفظ على الانتقال من معنى آخر إليه .

ولنوضح ذلك بمثال ، قال الله تعالى فى مجال حق الوالدين على أولادهما « إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما» فقد دل هذا القول الكريم - بمجرد سماع هذا اللفظ - على حرمة أن يقول الولد لوالديه كلمة « أف لكما » فكل من يسمع هذا اللفظ إذا كان من أهل اللغة العربية يفهم بمجرد سماع هذا اللفظ هذه الحرمة . ومعنى كلمة « أف » أى أتضجر .

وكما دل هذا اللفظ على حرمة التأفيف بمجرد سماع هذا اللفظ ، فإنه دل أيضا على أن ضرب الوالدين ،أو شتمهما ،أو حبسهما ، أو ماماثل ذلك مما فيه من إيذا وإيلام أشد من التأفيف ، حرام .

غير أن هذا اللفظ إذا كان قد دل على حرمة التأفيف بمجرد سماع هذا اللفظ . فإنه لم يدل على حرمة الضرب وما يماثله بمجرد سماعه ، بل دل على ذلك بواسطة ، هذه الواسطة هى انتقال ذهن السامع من حرمة التأفيف إلى حرمة الإيذاء ، ثم انتقاله من حرمة الإيذاء إلى حرمة الضرب وماماثله =

. . . . ، ، . . . .

= فإذا وضح هذا ، فينبغى أن نعلم بعد ذلك أن المفهوم نوعان ، لأنه إما أن يكون مفهوم موافقة ، أو مفهوم مخالفة . فيسمى المفهوم مفهوم موافقة إذا كان متفقا مع المنطوق فى الحكم ، ومثاله تحريم الضرب والشتم والحبس لأحد الوالدين ، فإنه قد دل على هذا التحريم قول الله تعالى : « فلا تقل لهما أف » بطريق مفهوم الموافقة ، ويسمى المفهوم مفهوم مخالفة إذا لم يتفق مع المنطوق فى الحكم ، وذلك مثل قول الله تبارك وتعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » أى من لم يملك منكم غنى يبلغ به أن يتزوج المرأة الحرة أى غير الجارية ، فله أن يتزوج من الجوارى المؤمنات ، فقد أفادت الآية بمنطوقها أن الزواج من الجوارى المؤمنات حلال ، وأفادت بطريق مفهوم المخالفة حرمة الزواج بالجوارى الكافرات ، لأن إباحة الزواج بالجوارى قد قيدت بكون الجوارى مؤمنات ، فإذا انتفى وصف الإيمان فقد ثبت نقيض الحكم الثابت الموصوف ، وبهذا أخذ الشافعية وبعض الفقهاء ، فقالوا إن الجارية لا يجوز الزواج بها إلا إذا كانت مؤمنة ، وأما إذا كانت كافرة فلا يجوز الزواج بها أخذا بمفهوم المخالفة للآية ، وأما الحنفية فلأنهم يرون عدم الأخذ بمفهوم المخالفة فقد أباحوا الزواج بالجارية الكافرة ، لأن مفهوم المخالفة عندهم - كما قلنا - ليس حجة ، ولأن هناك نصا كريما عاما يفيد أن الزواج حلال بأى امرأة لم يذكرها النص الذى ذكر المحرمات من النساء ، فبعد أن بين الله سبحانه المحرمات فى قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » إلى آخر ما ذكره سبحانه ، قال بعد ذلك « وأحل لكم ما وراء ذلكم » أصول الفقه لمحمد زكريا البرديسى ص ٣٧٥ ، والموجز فى أصول الفقه لعبد الجليل القرنشاوى وآخرين ص ١٤٤

الدليل الثانى

مارواه مسلم فى صحيحه(١) عن فاطمة بنت قيس ، أنه طلقها زوجها فى عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان أنفق عليها نفقة دون فلما رأت ذلك قالت : والله لأعلمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن كان لى نفقة أخذت الذى يصلحنى ، وإن لم تكن لى نفقة لم آخذ منه شيئا ، قالت : فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لا نفقة لك ولا سكنى .

وفى صحيح مسلم أيضا(٢) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، أن أبا عمرو ابن حفص بن المغيرة ، خرج مع على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى اليمن ، فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها ، وأمر لها الحارث بن هشام وعياش بن أبى ربيعة بنفقة ، فقالا لها . والله مالك نفقة إلا أن تكونى حاملا ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما ، فقال : لا نفقة لك ، فاستأذنته فى الانتقال فاذن لها ؛ فقالت : أين يارسول الله ؟ قال : إلى ابن أم مكتوم ، وكان أعمى ، تضع ثيابها عنده ولا يراها ، فلما مضت عدتها أنكحها النبى صلى الله عليه وسلم أسامة بن زيد ، فأرسل إليها مروان قبيصة بن ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به ، فقال مروان : لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة ، سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها(٣) ؛ فقالت فاطمة رضى الله عنها حين بلغها قول مروان فبينى وبينكم القرآن ، قال الله عز وجل : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » إلى قوله « لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » ، قالت : هذا لمن كانت له مراجعة ، فأى أمر يحدث بعد الثلاث ، فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها

---

(١) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٩٥ (٢) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٩٧

(٣) بالعصمة التى وجدنا الناس عليها أى بالأمر الذى اعتصم الناس به وعملوا به .

وروى النسائى فى سننه[١] عن الشعبى قال: دخلت على فاطمة بنت قيس فسألتها عن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فقالت: طلقها زوجها البتة فخاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السكنى والنفقة قالت: فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة[٢].

وفى رواية عن النسائى: فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم: إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة.

ورواه الدار قطنى[٣] وقال: فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، قالت - فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة، وإنما السكنى والنفقة لمن يملك الرجعة.

الطعون التى طعن بها بعض العلماء على هذا الحديث

طعن بعض العلماء على حديث فاطمة بنت قيس، ويمكن تلخيص هذه المطاعن فى أربعة مطاعن.

المطعن الأول: أن راوى الحديث امرأة لم يشهد معها شاهدان.

قال سعيد بن منصور، حدثنا أبو معاوية، حدثنا الأعمش، عن إبراهيم (أى ابراهيم النخعى) قال: كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه إذا ذكر عنده حديث فاطمة بنت قيس، قال: ما كنا نغير فى ديننا بشهادة امرأة.

وروى النسائى[٤] عن عمر رضى الله عنه أنه قال لها: إن جئت بشاهدين يشهدان أنهما سمعاه من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإلا لم نترك كتاب الله لقول امرأة.

---

(١) سنن النسائى ج ٢ ص ١١٦
(٢) زاد المعاد ج ٤ ص ١٥٧
(٣) زاد المعاد ج ٤ ص ١٥٧
(٤) سنن النسائى ج ٢ ص ١١٦

الإجابة عن هذا المطعن

وقد أجيب عن هذا بأن الطعن في الحديث بكونه روته امرأة طعن باطل بلا شك ، فإن جميع العلماء لايرون أن الحديث يرد لكون الراوى امرأة ، والذين احتجوا بهذا من أتباع الأئمة هم أول من يبطل هذا الرأى ويخالفه ، فإنه لاخلاف بينهم فى أن السنة كما تؤخذ عن الراوى إذا كان رجلا تؤخذ عن الراوى إذا كان امرأة .

وكم من السنن تلقتها الأمة بالقبول عن امرأة من الصحابة ، ومن يريد أن يرى سنة انفردت بها امرأة من الصحابة سيجد ذلك كثيرا ، فلماذا تخصص فاطمة بنت قيس بحكم دون نساء العالمين جميعاً .

ستجد مثلا فريعة بنت مالك بن سنان ، أخت أبى سعيد الخدرى قد انفردت بحديث اعتداد المتوفى عنها زوجها فى بيت زوجها ، وفاطمة بنت قيس ليست أقل من فريعة بنت مالك فى العلم ، والعظمة ، والثقة ، والأمانة ، بل إن فاطمة بنت قيس أفقه من فريعة ، وذلك لأن فريعة لاتعرف إلا فى هذا الخبر الذى روته فى اعتداد المتوفى عنها زوجها فى بيت زوجها ، وأما فاطمة بنت قيس فشهرتها ودعاؤها من نازعها من الصحابة إلى كتاب الله ، ومناظرتها على ذلك أمر مشهور معروف للعلماء .

وكتب الحديث تبين أن الصحابة كانوا يختلفون فى أمر من الأمور ، فتروى لهم إحدى أمهات المؤمنين زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم ، عن النبى صلى الله عليه وسلم الحكم فى ذلك ، فيأخذون به ، ويرجعون إليه ، ويتركون ماعندهم للحديث الذى روته إحدى زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم .

وفاطمة بنت قيس من المهاجرات الأوليات ، وقد رضيها رسول الله

صلى الله عليه وسلم زوجة لحبه وابن حبه أسامة بن زيد بن حارثة ، وكان الرسول صلى الله وسلم هو الذى خطبها لأسامة ، وحتى نعرف مقدار حفظ فاطمة بنت قيس وعلمها ، فإننا يمكن أن نعرف ذلك من حديث الدجال الطويل الذى حدث به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على المنبر فوعته فاطمة ، وحفظته ، وأدته كما سمعته ، ولم ينكره عليها أحد مع طول هذا الحديث وغرابته ، فكيف إذا روت حديثا فى قصة جرت لها وهى السبب فيها ، وكانت خصما فيها ، وكان الحكم فيها بكلمتين هما لا نفقة ولا سكنى ، والعادة توجب أن يحفظ الإنسان مثل هذا ويتذكره .

وإذا كان هناك احتمال النسيان عند فاطمة فهذا أمر ليس قاصرا على جانب فاطمة ، بل هو مشترك بينها وبين من أنكر عليها ، فقد ثبت أن عمر رضى الله عنه قد نسى الحكم فى أكثر من واقعة ، فهو رضى الله عنه قد نسى تيمم الجنب وذكره عمار بن ياسر فلم يذكر ، ونسى رضى الله عنه قول الله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئاً » حتى ذكرته امرأة به ، فرجع إلى قول المرأة ، ونسى رضى الله عنه أيضاً قول الله تعالى : « إنك ميت وإنهم ميتون » حتى سمع أبا بكر يتلوها ، وهكذا يقال فى إنكار عائشة رضى الله عنها ، فقد روى أنها أنكرت على فاطمة ، روى عن عروة بن الزبير أنه قال لعائشة : ألم ترى إلى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها ألبتة فخرجت ، فقالت بئسما صنعت ، قال : ألم تسمعى قول فاطمة ، قالت : أما إنه ليس لها خير فى ذكر هذا الحديث : متفق عليه(١) .

فإذا كان جواز النسيان على راوى الحديث يوجب أن نرد روايته ، لوجب أن نرد رواية عمر رضى الله عنه التى عارضتم بها الخبر الذى روته

---

(١) فتح البارى حـ ٩ ص ٤٤٢ وصحيح مسلم حـ ٤ ص ٢٠٠

فاطمة ، وإذا كان جواز النسيان على راوى الحديث لا يوجب رد روايته فقد بطلت المعارضة بذلك ، فالمعارضة باطلة على كلا التقديرين ، ولو كانت السنن ترد بمثل هذا لما بقى فى أيدى الأمة منها إلا اليسير .

وكيف يصح أن يعارض خبر فاطمة ويطعن فيه بمثل هذا ممن يرون أن خبر الواحد العدل مقبول ، ولا يشترطون للرواية نصابا معينا ؟!

وإذا كان قد ثبت عن عمر رضى الله عنه أنه كان يطلب من الراوى أن يشهد له غيره على الحديث الذى يرويه ، فإنما كان هذا منه رضى الله عنه تثبيتا حتى لا يركب الناس الصعب فى الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبت عنه أيضا أنه قبل بعض الأخبار التى انفرد بها الرواة ، فقد قبل خبر الضحاك بن سفيان الكلابى وحده وهو أعرابى، وقبل لعائشة رضى الله عنها عدة أخبار انفردت بها .

وبالجملة فإنه لا يقول أحد إنه لا يقبل قول الراوى الذى توفرت فيه العدالة والثقة ، إلا إذا شهد له شاهدان، لاسيما إذا كان الراوى - كفاطمة - من الصحابة رضى الله عنهم .

المطعن الثانى : أن رواية فاطمة تضمنت مخالفة القرآن

واستندوا فى هذا إلى مارواه مسلم فى صحيحه(١) عن أبى إسحاق ، قال: كنت مع الأسود بن يزيد جالسا فى المسجد الأعظم ، ومعنا الشعبى ، فحدث الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، ثم أخذ الأسود كفا من حصى فحصبه به ، فقال: ويلك ، تحدث بمثل هذا ، قال عمر : لا نترك كتاب الله وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم

---

(١) صحيح مسلم جـ ٤ ص١٩٨

لقول امرأة لاندرى لعلها حفظت أو نسيت ، لها السكنى والنفقة ، قال الله عز وجل : « لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

قالوا : فهذا عمر رضى الله عنه يخبر أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لها النفقة والسكنى ، وإذا ثبت أن عمر قال هذا فإنه يكون حديثا مرفوعا ، أى يكون حديثا مضافا إلى النبى صلى الله عليه وسلم . لأن العلماء قد قالوا إن الصحابى إذا قال : من السنة كذا ، كان هذا فى حكم الحديث المرفوع ، فكيف إذا قال : من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكيف إذا كان الذى قال هذا هو عمر بن الخطاب رضى الله عنه ؟

وإذا تعارضت رواية عمر رضى الله عنه ورواية فاطمة بنت قيس فإنه يجب تقديم رواية عمر ، وخاصة وأن ظاهر القرآن يؤيدها .

وروى ابن حزم فى المحلى(١) من طريق حماد بن سلمة عن حماد ابن أبى سليمان، أنه أخبر إبراهيم النخعى بحديث الشعبى عن فاطمة بنت قيس، فقال له إبراهيم : إن عمر رضى الله عنه أخبر بقولها ، فقال : لسنا بتاركى آية من كتاب الله ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لعلها أوهمت سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : لها السكنى والنفقة .

فهذا النص صريح يجب تقديمه على حديث فاطمة بنت قيس لجلالة رواته ، ولأن الصحابة لم ينكروا عليه ، ولأنه وافق كتاب الله تعالى

(١) المحلى حـ ١٠ ص ٢٩٧

الاجابة عن هذا الطعن

أجيب عن هـــذا الطعن بأن لو كانت رواية فاطمة مخالفة للقرآن كما ذكرتم ، لكانت مخالفة لعموم القرآن . فتكون حينئذ مخصصة للعام ، ويكون حكمها هو حكم العموم الذى خصص ، كما فى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم » فإنه قد خصص بالكافر ، والرقيق ، والقاتل ، فإن آية « يوصيكم الله فى أولادكم » عامة فى الميراث ، لكن الأدلة الأخرى أخرجت من هذا العموم أفرادا كانت الآية تشملها بحكم العموم ، فلا يرثون ، وذلك كالكافر ، فإن الكافر لا يرث المسلم ، والرقيق ، فإن كلا من العبد والجارية لا يرث ، والقاتل كذلك لا يرث ، وكما فى قوله تعالى : « وأحل لكم ماوراء ذلكم » بعد أن ذكر الله سبحانه أنواع النساء اللاتى يحرم التزوج بهن ، فقوله سبحانه « وأحل لكم ماوراء ذلكم » عام ، وكان مقتضى هذا العموم أن يباح التزوج بكل امرأة لم يذكرها النص القرآنى ، ومع هذا فإن هذا العموم قد خصص ، فلا يجوز أن يتزوج الرجل المرأة مع عمتها ، ولا المرأة مع خالتها ، لثبوت الحديث الذى بين ذلك .

والقرآن إما أن يكون حكمه عاما فى الرجعية والبائن وإما أن يكون خاصاً بالرجعية ، فإذا كان القرآن عاماً للنوعين ، فإن حديث فاطمة بنت قيس يكون مخصصا للعموم المستفاد من القرآن ، وإذا كان القرآن خاصا بالرجعيات — وهو الصواب — فالحديث ليس مخالفا لكتاب الله بل هو موافق له .

والصواب كما قلنا أن يكون القرآن خاصا بالرجعيات ، لسياق القرآن الذى من تدبره وتأمله يقطع بأنه فى الرجعيات من عدة أوجه قد أشرنا إليها عند بيان وجه الاستدلال بقول الله تبارك وتعالى : « ياأيها النبى إذا

طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، الآيات .

فحديث فاطمة بنت قيس ليس مخالفا لكتاب الله بل هو موافق له ، ولو أن أحداً ذكر عمر بن الخطاب رضى الله عنه بذلك لكان أول من يرجع إليه ، فإن الرجل كما يذهل عن النص يذهل أيضا عن دلالته وسياقه ومايقترن به مما يتبين المراد منه ، وكثيرا مايذهل الإنسان عن أن واقعة معينة تدخل تحت نص عام وتندرج تحته ، فهذا كثير جداً ، والتفطن له إنما يكون من حدوث الفهم الذى يهبه الله من يشاء من عباده ، ولقد كان أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه صاحب منزلة عظمى فى هذا المجال ، غير أن النسيان والذهول عرضة لكل إنسان ، فهذه طبيعة البشر . فإنما الفاضل العالم هو الذى إذا ذكره أحد بعد نسيانه ذكر ورجع .

وحديث فاطمة رضى الله عنها مع كتاب الله الكريم لايخرج عن واحد من ثلاثة أمور :

الأمر الأول : أن يكون مخصصا لعمومه .

الأمر الثانى : أن يكون بيانا لما لم يتناوله لفظ القرآن بل سكت عنه .

الأمر الثالث : أن يكون بيانا لما أريد بالكتاب الكريم ، وموافقا لما أرشد إليه سياقه وتعليله ، وتنبيه ، وهذا هو الصواب ، فالحديث إذن موافق للقرآن لامخالف ، وهكذا لابد أن يكون كل حديث ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومعاذ الله أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حكم بحكم يخالف كتاب الله عز وجل أو يعارضه .

وقد أنكر الإمام أحمد رحمه الله هذا من قول عمر رضى الله عنه ، وجعل يتبسم ويقول : أين فى كتاب الله إيجاب السكنى والنفقة للمطلقة ثلاثا .

وأنكرته أيضا قبل الإمام أحمد الفقيهة الفاضلة فاطمة بنت قيس ، وقالت : بينى وبينكم كتاب الله ، قال الله تعالى : « لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » وأى أمر يحدث بعد الثلاث ؟

المطعن الثالث : أن خروج فاطمة بنت قيس
كان لأذاها أهل زوجها بلسانها

طعن أيضا بعض العلماء على حديث فاطمة بنت قيس ، بأن خروجها من المنزل لم يكن لأنه لاحق لها فى السكنى ، بل لأذاها أهل زوجها بلسانها .

ففى البخارى ومسلم عن هشام بن عروة عن أبيه قال : تزوج يحيى ابن سعيد بن العاص بنت عبد الرحمن بن الحكم(١) فطلقها ، فأخرجها من عنده ، فعاب ذلك عليهم عروة ، فقالوا : إن فاطمة قد خرجت .

قال عروة : فأتيت عائشة رضى الله عنها ، فأخبرتها بذلك ، فقالت : مالفاطمة بنت قيس خير فى أن تذكر هذا الحديث ، وقال البخارى(٢) فانتقلها عبد الرحمن فأرسلت عائشة أم المؤمنين إلى مروان بن الحكم وهو

---

(١) صحيح مسلم ج ٤ ص ٢٠٠ وفتح البارى ج ٩ ص ٤٢١

(٢) هى بنت أخى مروان الذى كان أمير المدينة أيضا لمعاوية حينئذ وولى الخلافة بعد ذلك ، وقيل اسمها عمرة . فتح البارى ج ٩ ص ٤٢١

أمير المدينة اتق الله وارددها إلى بيتها ، قال مروان : إن عبد الرحمن بن الحكم غلبنى(١) قال أو ما بلغك شأن فاطمة بنت قيس ، قالت : لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة(٢) ، فقال مروان بن الحكم : إن كان بك شر فحسبك ما بين هذين من الشر ، ومعنى كلامه إن كان عندك أن سبب خروج فاطمة ما وقع بينها وبين أقارب زوجها من الشر فهذا السبب موجود ، ولذلك قال فحسبك مابين هذين من الشر ، أى ما بين يحيى بن سعيد بن العاص وبين امرأته من الشر .

وروى أبو داود فى سننه(٣) عن سليمان بن يسار قال فى خروج فاطمة إنما كان من سوء الخلق .

الاجابة عن هذا المطعن

أجيب عن هذا بأن فاطمة بنت قيس من خيرة نساء الصحابة فضلا وعلما ، ومن المهاجرات الأوليات ، ولهذا ارتضاها الرسول صلى الله عليه وسلم زوجة لحبه وابن حبه أسامة بن زيد ، فهى ممن لا يحملها رقة الدين وقلة التقوى على فحش اللسان الذى يوجب إخراجها من دارها . ولو صح شىء من ذلك

---

(١) قول مروان إن عبد الرحمن غلبنى أى لم يطعنى فى ردها إلى بيتها ، وقيل مراده غلبنى بالحجة لأنه احتج بالشر الذى كان بينهما . فتح البارى حـ ٩ صـ ٤٢٢

(٢) أى لأنه لا حجة فيه على جواز انتقال المطلقة من منزلها بغير سبب . فتح البارى حـ ٩ صـ ٤٢٢

(٣) سنن أبى داود حـ ٢ صـ ٢٨٨

لكان الرسول صلى الله عليه وسلم هو أحق الناس بأن ينكر عليها ذلك وينهاها عن إيذاء أهل زوجها بلسانها .

المطعن الرابع : معارضة رواية فاطمة بنت قيس برواية عمر بن الخطاب وهذه المعارضة من وجهين :

أحدهما أن عمر رضى الله عنه قال : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا ، وهذا القول يأخذ حكم الحديث المرفوع ، أى الحديث الذى أضيف إلى النبى صلى الله عليه وسلم .

الوجه الثانى : أنه روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه من طريق إبراهيم النخعى ، أن عمر رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لها السكنى والنفقة » .

الإجابة عن هذا المطعن

أما الوجه الأول فقد سبق بيان ما أجيب به عليه عند بيان الإجابة عن المطعن الثانى ، وأما الوجه الثانى فقد أجيب عنه بأنه لم يصح هذا عن عمر . قال الإمام أحمد : لا يصح ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وقال أبو الحسن الدارقطنى : السنة بيد فاطمة قطعا .

وأيضا فإن هذه الرواية عن عمر إنما جاءت من طريق إبراهيم النخعى ، وإبراهيم النخعى لم ير عمر ولم يعاصره ، فهو لم يولد إلا بعد أن مات عمر رضى الله عنه لسنتين . فإن كان هناك من أخبر إبراهيم النخعى بما قاله عمر وأحسنا الظن بمن أخبر إبراهيم بهذا القول ، كان هذا الذى أخبر إبراهيم قد روى لإبراهيم قول عمر رضى الله عنه بالمعنى . وظن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى حكم بثبوت النفقة والسكنى للمطلقة ، حتى قال عمر رضى الله عنه لا ندع كتاب ربنا لقول امرأة ، فقد يكون الرجل صالحا ويكون

فى نفس الوقت مغفلا ليس من شأنه أن يكون ممن يتحمل الحديث ويحفظه ويرويه .

هذا ، ومما يدل على ثبوت حديث فاطمة بنت قيس أن مالكا والشافعى قد احتجا به فى بعض الأحكام ، ويحتج به جمهور العلماء فى سقوط نفقة المبتوتة إذا كانت غير حامل ، والشافعى نفسه احتج به على جواز جمع الطلقات الثلاث ، وذلك لأن فى بعض ألفاظه « طلقنى زوجى ثلاثا »(١) .

واحتج بهذا الحديث من يرى جواز نظر المرأة إلى الرجال ، واحتج به كل الأئمة على أنه يجوز خطبة الرجل على خطبة رجل آخر إذا لم تكن المرأة قد سكنت إلى الخاطب الأول ، ففى صحيح مسلم عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شىء ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له وما قال ، فقال : ليس لك عليه نفقة ، فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك ، ثم قال : تلك امرأة يغشاها أصحابى ، اعتدى عند ابن أم مكتوم . فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك ، فإذا حللت فآذنينى(٢) ، قالت : فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأباجهم

---

(١) لكن رد على هذا بأن المراد أنه طلقها آخر ثلاث ، كما ورد فى بعض الروايات ، ففى صحيح مسلم عن عبيد الله بن عبدالله بن عتبة ، أن أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى اليمن ، فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها » الحديث . صحيح مسلم جـ ٤ صـ ١٩٧

(٢) أم شريك هذه قرشية عامرية ، وقيل إنها أنصارية ، وقيل إنها التى وهبت نفسها للنبى صلى الله عليه وسلم ، وقيل غيرها ، ومعنى هذا الحديث أن الصحابة كانوا يزورون أم شريك ويكثرون التردد إليها لصلاحها ، فرأى النبى صلى الله عليه وسلم أن اعتداد فاطمة عند أم شريك سيسبب لها =

خطبانى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، انكحى أسامة بن زيد .

واحتج به العلماء على جواز بيان مافى الإنسان من صفات إذا كانت تعيبه مادام ذلك على وجه النصيحة لمن استشاره فى أن يزوجه ، أو يعامله ، أو يسافر معه ، وأن ذلك لا يعد من الغيبة التى حرمها الشرع ، واحتجوا به أيضا على جواز أن تتزوج القرشية من غير القرشى ، ففاطمة بنت قيس قرشية وقد زوجها الرسول صلى الله عليه وسلم لأسامة بن زيد وهو غير قرشى ، واحتجوا به على وقوع الطلاق فى حال غيبة أحد الزوجين عن الآخر وأنه لا يشترط حضوره ومواجهته بالطلاق ، واحتجوا به على أنه يجوز خطبة المعتدة البائن بطريق التعريض أى بطريقة لا يكون فيها تصريح بالخطبة ، وذلك لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لها : فإذا حللت - أى من العدة - فآذنينى ، أى أعلمينى .

فلماذا ترد رواية فاطمة فى حكم واحد من أحكام هذا الحديث وتقبل فيما عداه ، فإن كانت فاطمة قد حفظته وجب أن يقبل فى جميعه ، وإن لم تكن حفظته وجب ألا يقبل فى أى حكم من الأحكام(١) .

وقد رد بعض الباحثين(٢) من الذين يرون أن لها السكنى دون النفقة ، على الاستدلال بحديث فاطمة بنت قيس فى سقوط النفقة والسكنى ، بأنه يجب أن يحمل حديث فاطمة بنت قيس على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

= حرجا من حيث إنه يلزمها أن تتحفظ من نظرهم إليها ونظرها إليهم وانكشاف شىء منها . صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٠ ص ٦٩

(١) زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ١٠٦ وما بعدها ، ونيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٣٠١ وما بعدها .

(٢) أستاذنا الدكتور عبد السميع إمام فى منهاج الطالب ص ١٥٨

لم يسقط سكنى فاطمة ، وإنما نقلها من بيتها الموحش خوفا عليها إلى بيت آمن هو بيت ابن أم مكتوم ؛ حيث لا يخاف على فاطمة فى بيت ابن أم مكتوم ، فلو كانت السكنى غير واجبة لاعتدت فاطمة فى بيت أهلها ، فدل اعتدادها فى بيت ابن أم مكتوم على عدم سقوط سكناها ، وقد جاء تعليل نقلها من بيتها بأنه الخوف عليها ، كما جاء فى رواية عائشة رضى الله عنها ، ففى صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت : إن فاطمة كانت فى مكان وحش نخيف على ناحيتها ، فلذلك رخص النبى صلى الله عليه وسلم لها .

ويمكن أن نرد على هذا الذى قاله بعض الباحثين بأنه ورد فى بعض الروايات أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لها : إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة ، وهذه رواية رواها النسائى فى سننه(١)

وبعد ، فهذا مايتصل بالدليل الثانى لأصحاب الرأى الأول القائلين بأنه ليس لها نفقة ولا سكنى إذا كانت غير حامل ، ولننتقل الآن إلى بيان بقية أدلتهم ، وهى استدلالهم من المعقول .

الدليل الثالث

أن النفقة إنما تكون للزوجة ، فإذا بانت الزوجة من زوجها صارت أجنبية حكمها حكم سائر الأجنبيات ، ولم يبق بينهما من صلة إلا مجرد اعتدادها منه ، وذلك لا يوجب لها نفقة كالتى وطئت بشبهة أو التى وطئت فى زنا .

الدليل الرابع

أن النفقة إنما تجب على الزوج مقابل أنه يتمكن من الاستمتاع بها بأى نوع من أنواع الاستمتاع المباح ، والمرأة بعد بينونتها لا يمكن لزوجها أن يستمتع بها فى العدة

---

(١) زاد المعاد جـ ٤ صـ ١٥٧

الدليل الخامس

أن النفقة لو كانت واجبة على الزوج من أجل العدة لكانت واجبة للمتوفى عنها زوجها من ماله ، ولاتجب النفقة المتوفى عنها زوجها من مال زوجها ، فوجب ألا تكون واجبة على الزوج فى المسألة التى معنا أيضاً ، لأنه لايوجد فارق بينهما قطعاً ، فإن كل واحدة من المرأتين قد بانت عن الزوج وهى معتدة منه ، وقد تعذر منهما الاستمتاع[1] .

دليل الرأى الثانى

الرأى الثانى كما سبق أن بيناه هو أنه لايجب للمطلقة البائن شىء من النفقة لكن يجب لها السكنى .

وقد استدل أصحاب هذا الرأى بالقرآن الكريم والسنة ، وإليك بيان ما استدلوا به .

أولا : استدلالهم بالقرآن الكريم

استدلوا على عدم وجوب النفقة بقول الله تبارك وتعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن[2] » .

ووجه الاستدلال أن الآية الكريمة قد أفادت بمنطوقها وجوب الإنفاق على الحامل حتى تضع حملها ، وأفادت بطريق المفهوم أنها إذا كانت غير حامل فلانفقة لها ، وإلا لما كان لتخصيص الحامل

---

(١) زاد المعاد ج ٤ ص١٥٦ — ١٥٨

(٢) سورة الطلاق الآية رقم ٦

بالذكر فائدة(١) .

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن هذا استدلال بالمفهوم والحنفية لايرون أن مفهوم المخالفة حجة .

وقد أجيب عن هذه المناقشة بأن المفهوم عند الحنفية من باب المسكوت عنه والمسكوت عنه حكمه أن يبقى على الأصل ، والأصل هنا هو عدم وجوب النفقة .

على أن الدليل فى هذه المسألة لم يكن قاصراً على مفهوم المخالفة الذى لايأخذ به الحنفية ، بل هو مؤيد بحديث فاطمة بنت قيس(٢) .

واستدل أصحاب هذا الرأى على وجوب السكنى بقول الله تبارك وتعالى: « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم »(٣) .

فهذا نص فى وجوب السكنى للمطلقة تطليقة بائنة ؛ وإنما قلنا إن قول الله تعالى : «أسكنوهن» هو فى المطلقة البائن مع أنه يمكن أن يقول قائل إن « أسكنوهن » شامل بحسب الظاهر للبائن والرجعية ، إنما قلنا إنها فى البائن فقط لأن الآية الكريمة بأكملها هى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وائتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » فمرجع الضمائر كلها فى الآية الكريمة واحد ، ولما كان مرجع الضمائر فى الآية واحدا فإنه يجب أن تكون هذه الآية الكريمة فى المطلقات البوائن لا فى المطلقات البوائن

---

(١) نيل الأوطار حـ ٦ ص ٣٠١

(٢) منهاج الطالب ص ١٥٩

(٣) سورة الطلاق الآية رقم ٦

والرجعيات، وذلك لأنه لوجعلنا الآية عامة فى المطلقات البوائن والرجعيات للزم على ذلك أن تكون النفقة للمعتدة الرجعية غير واجبة إذا كانت غير حامل، لأن الله تعالى يقول فى نفس الآية : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن» فقد قيد وجوب الإنفاق بكونها حاملا ، والقول بأن النفقة للمعتدة الرجعية غير واجبة إذا كانت غير حامل قول باطل ، وذلك لأن العلماء متفقون على أن النفقة للمطلقة الرجعية واجبة مطلقا سواء أكانت حاملا أو غير حامل . فوجب لذلك أن تكون فى البوائن حتى لاتحصل المخالفة لإجماع علماء الأمة .

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن فهم الآية على أنها قاصرة على البائن فقط يؤدى إلى أن المطلقة الرجعية لايجب لها سكنى ، لأنكم قلتم إن الآية فى بيان حكم البوائن فقط وليس فى حكم الرجعيات ، مع أن من المعروف أنه يجب السكنى للمطلقة طلاقا رجعيا .

وقد أجيب عن هذه المناقشة بأن تخصيص قوله تعالى « أسكنوهن » بالبوائن لاينفى أن المطلقة الرجعية لها حق السكنى ، وذلك لأن السكنى قد ثبتت للمطلقة الرجعية بنص آخر هو قوله تعالى : « لاتخرجوهن من بيوتهن » فلا يضر أن تكون المطلقة الرجعية غير داخلة فى قوله تعالى : « أسكنوهن » مادام هناك نص آخر قد دل على وجوب السكنى لها(١) .

---

(١) منهاج الطالب ص ١٠٩

ثانياً : استدلالهم من السنة

وقد استدل القائلون بأنه لا يجب للمطلقة البائن غير الحامل نفقة، لكن يجب لها السكنى بجانب الاستدلال بالقرآن ، أيضاً بحديث فاطمة بنت قيس ، حيث لم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ، فإنه نص فى عدم وجوب النفقة للمطلقة تطليقة بائنة إذا لم تكن حاملا ، وهذا النص مؤيد بمفهوم الآية الكريمة : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » فالحديث موافق للقرآن ، فوجب أن يعمل به فى عدم وجوب النفقة .

وأما دلالة حديث فاطمة بنت قيس على أنه ليس لها السكنى فقد ثبت من رواية عائشة وفاطمة رضى الله عنهما مايدل على أن سكناها لم تسقط وإنما انتقلت من بيتها لأنه كان يخاف عليها أن يقتحمه عليها مقتحم ، إلى بيت آ ن هو بيت ابن أم مكتوم، فيكون الحديث بهذا متفقا مع قوله تعالى: « أسكنوهن » فى وجوب السكنى للمطلقة طلاقا بائنا ، روى البخارى وأبو داود(١) أن عائشة رضى الله عنها قالت إن فاطمة كانت فى مكان وحش مخيف على ناحيتها ، فلذلك أرخص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وروى مسلم(٢) عن فاطمة بنت قيس قالت: قلت : يارسول الله، زوجى طلقنى ثلاثا ، وأخاف أن يقتحم على ، فأمرها فتحولت .

وقد بينا فيما سبق الطعون التى طعن بها بعض العلماء حديث فاطمة بنت قيس ، عند الاستدلال للرأى الأول القائل بأنه ليس لها نفقة ولا سكنى .

---

(١) فتح البارى حـ ٩ ص٤٢٢ وسنن أبى داود حـ٢ ص٢٨٨

(٢) صحيح مسلم حـ٤ ص ٢٠٠

وقد أجيب من قبل القائلين بوجوب السكنى وعدم وجوب النفقة ، بأن الحديث قد صححه أئمة الحديث فوجب أن نعمل بمقتضاه ، وقد تمسك عمر بن الخطاب رضى الله عنه بالكتاب الكريم فيما يتفق مع حديث فاطمة بنت قيس من نفى وجوب النفقة ، وعمر لم يرد حديث فاطمة فيما يختص بالسكنى ، وإنما رد على فاطمة أنها فهمت من حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بنقلها من بيتها أن السكنى قد سقطت عنها ، فتسقط عن كل بائن ، لأن هذا الفهم من فاطمة غير صحيح ، لأنه قد تبين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسقط عنها السكنى ، ويدل على هذا أنه أمرها بالانتقال إلى بيت ابن أم مكتوم .

وإذا لم تكن سكناها قد سقطت فإن السكنى لا تسقط لكل بائن ، كما دل عليه الكتاب العزيز ، وهذا مافهمه عمر رضى الله عنه من حديث فاطمة ، وهو الفهم الصحيح ، كما تدل عليه رواية عائشة وفاطمة من أن فاطمة إنما نقلت من بيتها لكونه موحشاً مخيفا(١) .

دليل الرأى الثالث

الرأى الثالث كما سبق بيانه هو أنه يجب لها النفقة والسكنى ، وقد استدل أصحاب هذا الرأى بالنص المعقول .

---

(١) منهاج الطالب صـ ١٦٠

أولا : النص

أما النص فقول الله تبارك وتعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم لاتخرجوهن من بيوتهن(١) » .

ووجه الاستدلال أن آخر الآية وهو النهي عن إخراجهن يدل على وجوب النفقة والسكنى ، ويؤيد هذا قول الله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولاتضاروهن لتضيقوا عليهن(٢) » .

فالله تعالى أوجب لها السكنى نصا بصريح الآية ، وأوجب لها النفقة بإشارة الآية ، وذلك لأنه نهى عن الإضرار بالنساء والتضييق عليهن ،ومنع النفقة عن المرأة يعد من أكبر الإضرار والتضييق عليها ، فكان هذا دليلا على أن النفقة واجبة لها .

وأيضا فإن النفقة والسكنى متلازمتان فإذا وجبت إحداهما وجبت الأخرى ، لأنه من غير المعهود في الشرع التفرقة بين السكنى والنفقة .

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل القائلين بأن لها السكنى دون النفقة بأننا نسلم أن الله أوجب لها السكنى لكن لانسلم أنه أوجب لها النفقة ، لأنه لايلزم من تحريم الإضرار بالمرأة والتضييق عليها وجوب النفقة، لأن الإضرار والتضييق قد يكون بغير منع الرجل للنفقة عن المرأة ، وإذا نظرنا في قول الله تعالى « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » لوجدنا أنه يدل على عدم وجوب النفقة لغير الحامل بطريق المفهوم ويؤيد الحكم المستفاد بالمفهوم حديث فاطمة بنت قيس ، فإذا دل مفهوم الآية ومنطوق حديث فاطمة

---

(١) سورة الطلاق ، الآية الأولى

(٢) « « الآية ٦

على سقوط النفقة لم يجز أن نقـــول بثبوت النفقة ، لأن فى ذلك مخالفة للنص .

ثانيا : استدلالهم بالمعقول

قالوا إن النفقة تجب للمرأة مقابل احتباسها من أجل الرجل ، والبائن غير الحامل مادامت فى العدة فهى محبوسة من أجل الرجل الذى تعتد منه ، فيجب لها النفقة كما تجب النفقة للمطلقة الرجعية .

وقد رد هذا الاستدلال بأن قولكم إن نفقة المرأة إنما تجب مقابل احتباسها من أجل الرجل يعتبر دعوى من غير دليل يؤيدها ، وإنما وجوب النفقة للمرأة هو فى مقابل تمكين المرأة لزوجها ، والبائن لاتمكين منها فلا يجب لها النفقة .

فإذا اعترض معترض بأن الحامل البائن لاتمكين منها أيضا ومع هذا فإن النفقة واجبة لها نقول إن النفقة للحامل البائن ليست لها وإنما هى للحمل(١)

دليل الرأى الرابع

الرأى الرابع كما سبق توضيحه هو أنها تستحق النفقة ولا تستحق السكنى ، وقد استدل أصحابه على وجوب النفقة بما يأتى :

أولا : بقول الله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف(٢) » .

ثانيا بقوله سبحانه : « ولا تضاروهن(٣) » .

---

(١) منهاج الطالب صـ ١٥٧ (٢) سورة البقرة آية ٢٤١

(٣) سورة الطلاق الآية ٦

ثالثا : أن الزوجة المطلقة طلاقا بائنا محبوسة بسبب الزوج ، فوجب أن تستحق النفقة من أجل هذا .

واستدلوا على عدم وجوب السكنى بقول الله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم[1] .

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن الله تعالى قد أوجب أن تكون الزوجة حيث يكون الزوج ، وهذا لا يحصل فى المطلقة طلاقا بائنا[2] .

وبعد ، فهذه هى الآراء وأدلتها وما ورد عليها من مناقشات تيسر لنا الاطلاع عليها ، ومما سبق يتبين لنا الأمور الآتية :

الأمر الأول : أن الحنفية تمشيا مع ما يرونه من وجوب ترجيح القرآن إذا تعارض مع خبر الواحد ، وعدم جواز تخصيص القرآن به ، قد عملوا بظاهر القرآن الكريم ، وتركوا العمل بحديث فاطمة بنت قيس ، لأنه خبر آحاد .

وأيضا فلأن الحنفية لما كانوا لا يرون أن مفهوم المخالفة حجة فإنهم لم يعملوا بدلالة المفهوم .

الأمر الثانى : أن الحنابلة قد ساروا مع ما يتفق ومذهبهم وهو تخصيص العام بالخاص ، ولكن قد رد عليهم بعض القائلين بوجوب السكنى دون النفقة للبائن غير الحامل بأن التخصيص فرع التعارض ، ولا يلجأ إلى التخصيص إلا إذا تعذر الجمع بين النصوص كلها . وأما إذا أمكن الجمع بين النصوص ، أو لم يكن هناك تعارض بينها فإنه يجب أن يعمل به .

---

(١) سورة الطلاق الآية ٦

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ صـ ٣٠٣

الأمر الثالث : أن المالكية والشافعية قد ساروا مع مذهبهم وعملوا بالنصوص كلها ، وقالوا إن هذه النصوص لا تتعارض مع بعضها .

وقالوا إن مذهبهم يتأيد بالرواية التي وردت عن عائشة رضي الله عنها ، وفيها التصريح بأن فاطمة كانت في مكان وحش مخيف على ناحيتها فلذلك أرخص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ورواية عن فاطمة بنت قيس نفسها قالت : قلت : يارسول الله ، زوجي طلقني ثلاثا وأخاف أن يقتحم على فأمرها فتحولت (١) .

لكن يمكن أن يعترض على مايراه المالكية والشافعية بما رواه النسائي في سننه (٢) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس : « إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة . والله أعلم بالصواب .

حكم النفقة والسكنى إذا كانت حاملا

وأما إذا كانت المرأة التي حصل التفريق بينها وبين زوجها لوجود عيب من العيوب التي تمنع الاستمتاع حاملا ، فقد اختلف فيها العلماء على الصورة الآتية :

---

(١) منهاج الطالب ص ١٦١

(٢) زاد المعاد ج ٤ ص ١٥٧

أولا : حكم النفقة لها

اختلف العلماء فى وجوب النفقة لها على رأيين :

الرأى الأول : وجوب النفقة

وهذا الرأى هو مايراه الحنفية ، وأحد رأيين فى فقه الحنابلة .

وقد استدل لهذا الرأى بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية ، والمعقول .
أما القرآن فقوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن(١) » .

وأما السنة فما رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائى(٢) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس وقد بت زوجها طلاقها : لا نفقة لك إلا أن تكونى حاملا .

وأما المعقول فلأنها بائن من زواج صحيح فى حال حملها ، فوجب لها النفقة كما تجب النفقة للمطلقة ثلاثا إذا كانت حاملا ، وكما تجب للمرأة التى طلقها زوجها وهى حامل مقابل مال يأخذه الزوج ، وأيضا فإنها حامل ، والحمل لاحق بالزوج فوجب الإنفاق للحمل .

الرأى الثانى : عدم وجوب النفقة

وهذا مايراه المالكية ، والشافعية ، وهو أحد رأيين عند الحنابلة .
وقد علل لهذا الرأى بأنه لما بانت المرأة بفسخ الزواج فقد انقطع أثر الزواج .

---

(١) سورة الطلاق ، الآية ٦

(٢) سنن أبى داود جـ ٢ صـ ٢٨٧ ونيل الأوطار جـ ٦ صـ ٣٠٢

ثانيا : حكم السكنى

اختلف العلماء أيضا فى وجوب السكنى لها على رأيين :

الرأى الأول : وجوب السكنى

وهذا ما يراه المالكية ، و الحنفية والشافعية ، وإحدى روايتين عن الإمام أحمد .

وقد علل لهذا الرأى بأنها معتدة من زواج صحيح تحصينا لماء الزوج .

الرأى الثانى : عدم وجوب السكنى

وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد(١) .

ولم أعثر فى المصادر التى اطلعت عليها على دليل تستند إليه هذه الرواية، ولعلها تستند إلى ما رواه النسائى فى سننه(٢) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس : « إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة ، وما رواه الدارقطنى(٣) أن فاطمة بنت قيس قالت : فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة ، وإنما السكنى والنفقة لمن يملك الرجعة .

وبهذا ينتهى كلامنا عن موقف الفقه الإسلامى من التفريق بين الزوجين بالأمور التى تمنع الاستمتاع ، ولننتقل الآن إلى بيان موقف القانون من التفريق بين الزوجين بهذه الأمور .

---

(١) مسالك الدلالة فى شرح متن الرسالة ص ٢١١ ، وحاشية البجيرمى على شرح الخطيب حـ ٣ ص ٣٨٩ ، ومغنى المحتاج حـ ٣ ص ٢٠٥ ، والمغنى حـ ٧ ص ٥٨٩ ، وبدائع الصنائع حـ ٥ ص ٢٢١٢

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٠٢

(٣) زاد المعاد حـ ٤ ص ١٥٧

رأى القانون المصرى فى التفريق بحكم القاضى

لوجود عيب بأحد الزوجين

كان العمل يسير فى مصر قبل صدور المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ على أرجح الآراء فى فقه الحنفية وهو أنه ليس من حق المرأة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إلا لوجود أحد عيوب ثلاثة : هى الجب ، والعنة ، والخصاء .

فإذا وجدت الزوجة فى زوجها أحد هذه العيوب كان من حقها أن ترفع الأمر إلى القاضى ، ثم ينظر القاضى فإما أن يكون العيب الذى ادعته الزوجة على زوجها لا يمكن علاجه كالجب وهو قطع عضو التناسل ، أو يكون قابلا للعلاج ، كالعنة وهى أن يكون الزوج غير قادر على الاتصال الجنسى لعدم انتشار عضو التناسل ، مع سلامة هذا العضو فى الظاهر .

فإن وجد القاضى أن ما تدعيه الزوجة على زوجها عيب لا يمكن علاجه كالجب فرق القاضى بينهما فى الحال ، ولا يؤجله ، لأنه لا فائدة فى الانتظار .

ولو ثبت عند القاضى أن الزوجة قد رضيت بوجود هذا العيب بزوجها فلا يحكم القاضى بالتفريق بينهما .

وإذا ادعت الزوجة أن زوجها مجبوب ، وأنكر الزوج ذلك ، أمر القاضى بعرضه على رجل ليتحقق مما تدعيه الزوجة ، فإذا أمكن التحقق من ذلك بدون أن تكشف عورته فلا يجوز أن تكشف عورته ، وإذا لم يمكن أن يتحقق من ذلك إلا بكشف عورته فإنه يجوز ذلك ، لأن هذه حالة ضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات .

وأما إذا وجد القاضى أن ما تدعيه الزوجة على زوجها عيب قابل العلاج ، كأن ادعت أنه عنين ، فإن القاضى يسأل الزوج عما تدعيه عليه الزوجة من العيب ، فإذا أقر بوجود هذا العيب فيه حكم القاضى بتأجيله سنة قمرية ، سواء أكانت الزوجة — حين العقد عليها - بكراً أم ثيبا .

والحكمة فى تأجيل الزوج مدة السنة هى الأمل فى حصول الشفاء للزوج من هذا العيب فى بعض فصول السنة .

ويحتسب من السنة أيام شهر رمضان ، وأيام العادة الشهرية ، والأيام التى يغيب فيها الزوج ، حتى لو كان غيابه لأداء الحج أو العمرة .

ولا يحتسب من السنة الأيام التى تغيب الزوجة فيها عن زوجها ، لأن المانع من اتصال الزوج بها راجع إلى جهتها ، ولا يحتسب من السنة أيضا الأيام التى تمرض الزوجة أو الزوج فيها ، بشرط ألا يكون الزوج مستطيعا للاتصال بالزوجة .

ويبدأ احتساب مدة السنة من يوم الخصومة، إلا إذا كان الزوج مريضا أو محرما بالحج أو العمرة ، فتبدأ السنة بعد زوال المانع .

فإذا انتهت السنة ، فإما أن تسكت الزوجة فلا ترجع إلى القاضى أو ترجع إليه وتصر على التفريق بينهما ، فإن سكتت الزوجة فلم ترجع إلى القاضى، سكت القاضى عن القضية ، وأما إذا رجعت إلى القاضى وطلبت التفريق بينهما لعدم شفاء الزوج مما به من العيب ، فإما أن يقر الزوج بما ادعته عليه من العجز عن الاتصال بها ، أو ينكر دعواها .

فإذا أقر بأنه عجز عن الاتصال بها ، أمره القاضى بأن يطلقها ، فإما أن يطلقها ، وإلا ناب القاضى عنه فطلقها طلقة بائنة إذا رفض الطلاق .

وأما إذا أنكر الزوج ما تدعيه الزوجة من عجزه عن الاتصال الجنسى بها ، وادعى أنه اتصل بها فى المدة التى أجله القاضى فيها ، فإما أن تكون الزوجة حين العقد عليها ثيبا أو بكرا .

فإن كانت ثيبا ، فإنه يقبل قول الزوج مع يمينه ، وذلك لأن الظاهر يشهد للزوج ، ولأن الأصل هو أن الإنسان سليم من العيب حتى يثبت هذا العيب فيه .

فإذا حلف الزوج أنه ليس عنينا فإن القاضى يرفض دعوى الزوجة ولا يحكم بالتفريق ، وأما إذا نكل الزوج عن اليمين أى امتنع من اليمين ، فإن نكوله عن اليمين يعد تصديقا للزوجة فى دعواها ، وحينئذ فإن القاضى يخيرها بين أن تقيم مع زوجها بحالته التى هو عليها أو تفارقه .

وأما إذا كانت الزوجة بكرا حين العقد عليها ، فإن القاضى يأمر بأن تكشف عليها امرأتان ثقتان ، فإن شهدتا بزوال بكارتها فإنه يقبل قول الزوج مع يمينه ، وإن شهدتا ببقاء بكارتها وأصرت الزوجة على التفريق بينهما أمر القاضى زوجها بأن يطلقها ، فإذا رفض الزوج ناب القاضى عنه فى تطليق الزوجة طلقة بائنة .

وإذا ادعت الزوجة أن بكارتها لم تزل بمباشرة زوجها لها بل أزالها بإصبعه ، فإنه يقبل قول الزوج فى هذه الحالة مع يمينه بأنه أزالها بالمباشرة الجنسية .

وتأجيل القاضى للزوج إنما يكون فى حالة العنة والخصاء فقط ولا يؤجله فى غير ذلك من العيوب ، وذلك لأن المانع من الاتصال الجنسى قد يكون طارئا على الزوج فيزول فى المدة التى يؤجله القاضى فيها .

هذا ما كان العمل عليه جاريا فى مصر قبل أن يصدر المرسوم بالقانون

رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ ، بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية فلما صدر هذا القانون جاء بعيوب أخرى عرفها بأوصافها ولم يعينها بأسمائها، وقد أخذ واضعو القانون المصرى أيضا أحكاما في غير مجال العيوب من مذاهب الأئمة الثلاثة : مالك ، والشافعى ، وأحمد ، ومما يراه محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة(١) .

وأحكام التفريق بين الزوجين بالعيوب بحكم القاضى تعرضت لها المواد التاسعة ، والعاشرة ، والحادية عشرة من هذا القانون ، وهذا نصها .

المادة التاسعة : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، كالجنون ، والجذام ، والبرص ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، فلا يجوز التفريق .

المادة العاشرة : الفرقة بالعيب طلاق بائن .

المادة الحادية عشرة : يستعان بأهل الخبرة فى معرفة العيوب التى فسخ الزواج من أجلها .

فقد أثبت القانون الحق للزوجة فى أن تطلب التفريق من الزوج إذا ثبت أن به عيبا ، واشترط القانون فى العيب الذى يثبت حق التفريق ثلاثة شروط :

---

(١) الأحوال الشخصية فى التشريع الإسلامى ، للدكتور أحمد الغندور ص ٤٠٤ مطبعة مقهوى بالكويت ١٩٧٢

الشرط الأول : أن يكون عيباً مستحكماً لايمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه لكن ذلك بعد زمن طويل .

فإن كان العيب قريب الزوال فإنه لايحق للزوجة أن تطلب التفريق لوجود هذا العيب .

الشرط الثانى : ألا يمكن للزوجة أن تقيم مع زوجها إلا بحصول الضرر لها ، وذلك مثل الجنون ، والجذام ، والبرص ، والضرر عام شامل لما يضرها هى ويضر نسلها .

ويظهر من هذا أنه يجب أن يكون الضرر شديداً لايمكن للزوجة أن تحتمله ، أو يؤثر فى نسلها .

ويستعان فى تحقق هذا الشرط والشرط الأول بالأطباء ذوى الخبرة بهذه الأمراض ، فيبينون ما إذا كان العيب مستحكما ، أو غير مستحكم ، ومدى الضرر الذى يلحق بالمرأة فى معاشرتها الزوج وهو بهذا العيب .

الشرط الثالث : ألا تكون الزوجة قد علمت بحال زوجها قبل عقد الزواج ، أو تكون قد رضيت بحاله بعد العقد ، فإن علمت بحاله قبل عقد الزواج ومع ذلك تزوجته ، أو حدث العيب بعد عقد الزواج ثم رضيت به صراحة أو دلالة بعد أن علمت بالعيب ، فليس من حقها أن تطلب التفريق .

وقد بين القانون أن الفرقة بين الزوجين لوجود العيب تكون طلاقا بائنا ويكون ذلك بناء على طلب الزوجة .

ثم صدر بعد ذلك المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، ولكنه لم يتعرض للعيوب الزوجية ، أى أنه أبقى على ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فيما يتصل بالتفريق بين

الزوجين بالعيوب التى تجدها الزوجة فى زوجها ، فلم يعدل المواد الثلاث التى جاءت فى هذا المجال ، ولم يضف إليها مواد جديدة .

ثم صدر القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى تضمن تعديل قوانين الأحوال الشخصية القائمة ، ولكنه لم يتعرض هو أيضاً لعيوب الزوجين، أى أن المواد الثلاث التاسعة، والعاشرة، والحادية عشرة، التى جاءت بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ لازالت هى المنظمة لهذه الناحية .

ويلاحظ أن هذا القانون قد خلط بين مذهب ابن قيم الجوزية وهو عدم حصر العيوب التى تثبت حق التفريق فى عيوب معينة، ومذهب أبى حنيفة وهو أن حق التفريق بالعيوب قاصر على الزوجة فقط إذا وجدت بزوجها عيباً ، وليس من حق الزوج أن يطلب التفريق لوجود عيب بزوجته .

وعدم إثبات هذا القانون للزوج حق طلب التفريق وقصره هذا الحق على الزوجة فقط مما يؤخذ على هذا القانون ، فقد كان من المصلحة أن يأخذ القانون بما يراه جمهور العلماء من أن حق التفريق ثابت لكل من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيبا ، وليس هذا الحق قاصرا على الزوجة فقط كما يرى ذلك الحنفية .

فكما راعى القانون مصلحة الزوجة فقد كان من الواجب مراعاة مصلحة الزوج ، إذ إن القانون لو كان أثبت للزوج حق طلب التفريق إذا وجد بزوجته عيبا، لأدى ذلك إلى ألا يتحمل الزوج شيئا من المهر لو تم التفريق بين الزوجين قبل الدخول ، ولأدى ذلك أيضاً إلى أن الزوج له أن يطالب من غره فى الزواج بمن بها عيب بالمهر الذى دفعه إذا كان التفريق قد تم بعد بعد الدخول كما يرى ذلك بعض العلماء .

فالزوج - لأن القانون لم يثبت له حق طلب التفريق - إذا أراد الفرقة

فوسيلته إلى ذلك ما يملكه من الطلاق ، وإذا طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر ، وإذا طلقها بعد الدخول فلها كل المهر .

ومما يؤخذ على هذا القانون أيضا أنه لم يحدد مدة المرض الذى يرجى الشفاء منه . وترك ذلك إلى خبرة الأطباء وعدم تحديد مدة مما يؤدى إلى حدوث الخلاف بين قضاة المحاكم ، وإلى حدوث الخلاف بين المتقاضين أنفسهم .

وكان من المستحسن أن يحدد القانون مدة معلومة ، ومن الأفضل أن تكون سنة قياسا على العنين فإنه يؤجل سنة كما يرى ذلك جمهور العلماء .

وقياسا على ما إذا وجد أحد الزوجين بالآخر جنونا ، أو جذاما ، أو برصا ، فإن المالكية يرون وجوب تأجيله سنة كاملة ليتداوى إذا كان يرجى شفاؤه منها .

ومما يؤخذ على القانون أيضا أنه جاء بعبارة مجملة شاملة لعيوب الزوج التناسلية ، وغير التناسلية ، حيث جاء به : « إذا وجدت به عيبا مستحكما ، لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر ، كالجنون والجذام ، والبرص » .

فهذه العبارة لم تقتصر على العيوب التى يرى فقهاء الحنفية أنها مثبتة لحق التفريق للزوجة ، بل تجاوزت ذلك إلى عيوب أخرى غير العيوب التى حددها فقهاء الحنفية .

وكانت العيوب التى ذكرها القانون واردة على أنها أمثلة فقط للعيوب التى يحق للزوجة أن تطلب التفريق لوجود أحدها فى الزوج ، وليست واردة على سبيل الحصر ، فليست هى فقط التى يثبت حق التفريق للزوجة، بل كل عيب يدخل تحت الوصف الذى جاء بالقانون يثبت حق التفريق

للزوجة ، وهو ان يكون العيب مستحكما بالزوج لا يمكن أن يشفى منه ، أو يمكن أن يشفى منه لكن الشفاء يحصل بعد زمن طويل ولا يمكن للزوجة أن تقيم مع زوجها — مع وجود هذا العيب — إلا بضرر يلحقها(١) .

والحمد لله أولا وأخيرا ، وصلى الله على سيدنا محمد ، وعلى آله ، وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٧ ، والزواج وإنهاؤه للشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٣٠٦ ، والشرح الصغير جـ ٢ ، ص ٢٤٩ ؛ وأحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، للدكتور زكريا البري ص ١٧ .

مصادر البحث

١ — القرآن الكريم .

(أ)

٢ — أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية للدكتور زكريا البرى .

٣ — الأحوال الشخصية ، للشيخ محمد أبى زهرة ، دار الحمامى للطباعة بالقاهرة .

٤ — الأحوال الشخصية فى التشريع الإسلامى مع بيان ما عليه العمل فى محاكم الكويت ، للدكتور أحمد الغندور . مطبعة مقهوى بالكويت سنة ١٩٧٢

٥ — الإختيارات العلمية فى اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، رتبه على ترتيب الأبواب الفقهية على بن عباس البعلى الدمشقى. مطبعة كردستان العلمية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ

٦ — الأزهار ، مطبوع مع السيل الجرار لمحمد بن على الشوكانى، وقد قال محققو كتاب السيل الجرار للشوكانى الذى شرح به الأزهار فى المقدمة إن مؤلف الأزهار هو أحمد بن يحيى الذى تلقب بالمهدى ، وبرجوعى إلى كتاب الفكر السامى للحجوى وجدته يبين أن مؤلف الأزهار هو أحمد بن مرتضى بن الحسين المهدوى ، فى الجزء الثانى من الفكر السامى الصفحة التاسعة والستون .

والأزهار — مطبوع مع شرحه السيل الجرار للشوكانى بمطابع الأهرام التجارية .

٧ — الاختيارات العلمية فى اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية ، رتبه على ترتيب الأبواب الفقهية على بن محمد بن عباس البعلى الدمشقى . مطبعة كردستان العلمية بمصر سنة ١٣٢٩ هـ

٨ — الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنه ٩١١هـ : دار إحياء الكتب العربية بمصر

٩ — الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة . لزين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم . مطابع سجل العرب .

١٠ — أصول الفقه الإسلامى ، للأستاذ زكى الدين شعبان . مطبعة دار التأليف بالقاهرة .

١١ — أصول الفقه ، للأستاذ محمد زكريا البرديسى . دار الاتحاد العربى للطباعة . الطبعة الثالثة ،

١٢ — الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، لمحمد بن أحمد الشربينى الخطيب المولود فى سنة ٥٣٣ والمتوفى فى سنة ٥٩٣ هـ . الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

١٣ — الإمام زيد ، حياته وعصره وآراؤه وفقهه ، للشيخ محمد أبى زهرة مطبعة مخيمر .

(ب)

١٤ — البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، لأحمد بن يحيى المرتضى . المتوفى فى سنة ٨٤٠هـ . الطبعه الأولى بمطبعة السعادة .

١٥ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، لأبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى عام ٥٨٧ هـ مطبعة الإمام بمصر .

(ت)

١٦ — تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، لأحمد بن حجر الهيتمى . مطبعة مصطفى محمد بمصر

١٧ — تهذيب الأحكام فى شرع المقنعة للشيخ المفيد، تأليف أبى جعفر محمد بن الحسن الطوسى، المتوفى سنة ٤٦٠ ﻫ الطبعة الثالثة

(ح)

١٨ — حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم. الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٣٨٧ ﻫ ١٩٦٧ م

١٩ — حاشية الدسوقى للشيخ محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأحمد الدردير. طبع دار إحياء الكتب العربية.

٢٠ — حاشية سعد الله بن عيسى الشهير بسعدى جلبى، المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية على الهداية، وعلى الهداية، مطبوعة بهامش فتح القدير لابن الهمام. مطبعة مصطفى محمد.

٢١ — حاشية الشيخ سليمان البجيرمى. المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب المسمى بالاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع. لم يبن عليها اسم المطبعة

٢٢ — حاشية سليمان الجمل على شرح المنهاج لزكريا الأنصارى. مطبعة مصطفى محمد.

٢٣ — حاشية الشرقاوى على شرح التحرير لزكريا الأنصارى. مطبعة دار احياء الكتب العربية.

(د)

٢٤ — الدر المختار، لمحمد علاء الدين الحصكفى، شرح تنوير الأبصار للغزى، مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين. الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٢٣ ﻫ

(د)

٢٥ — رد المحتار (حاشية ابن عابدين) تأليف محمد أمين الشهير بابن عابدين ، على الدر المختار — شرح تنوير الأبصار . الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٢٣ هـ

(ز)

٢٦ — زاد المعاد فى هدى خير العباد، لأبى عبد الله محمد بن قيم الجوزية مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر .

٢٧ — الزواج وإنهاؤه للشيخ محمد زكريا البرديسى . الطبعة الأولى ١٣٩٤ هـ ١٩٧٤ م

(س)

٢٨ — سنن النسائى : للحافظ أبى عبد الرحمن بن شعيب النسائى (٢١٤ - ٣٠٣)

٢٩ — سنن أبى داود ، للحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق الأزدى السجستانى

٣٠ — السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، لمحمد بن على الشوكانى (١١٧٣ - ١٢٥٠هـ) مطابع الأهرام التجارية سنة ١٣٩٠ هـ ١٩٧٠م

(ش)

٣١ — الشرح الصغير . لأحمد الدردير ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد . مطبعة المدنى . الطبعة الثانية سنة ١٣٨٣ هـ ١٩٦٣ م

٣٢ — الشرح الكبير لأحمد الدردير . طبع دار إحياء الكتب

العربية مطبوع مع حاشية الدسوقى على الشرح الكبير .

٣٣ — الشرح الكبير على متن المقنع . لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢ هـ

٣٤ — شرح كتاب النيل وشفاء العليل ؛ لمحمد بن يوسف أطفيش الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢ هـ ١٩٧٢ م

٣٥ — شرح العناية على الهداية ، لمحمد بن محمود البابرتى ، المتوفى سنه ٧٨٦ مطبوع بهامش فتح القدير لابن الهمام . مطبعة مصطفى محمد.

٣٦— الشهاوى فى تاريخ التشريع الإسلامى ، للدكتور إبراهيم دسوقى الشهاوى . شركة الطباعة الفنية المتحدة بمصر .

٣٧ — شرح الورقات ، لجلال الدين المحلى . مطبوع بهامش حاشية الدمياطى على شرح الورقات مطبعة مصطفى محمد .

٣٨ — الشهاوى فى مصطلح الحديث ؛ للدكتور إبراهيم دسوقى الشهاوى شركة الطباعة الفنية المتحدة .

(ص)

٣٩ — صحيح مسلم ، للإمام أبى الحسن مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى (٢٠٦ - ٢٦١ هـ) .

(ط)

٤٠ — الطراز الحديث فى فن مصطلح الحديث ، للشيخ محمد أبى الفضل الجيزاوى . مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

(ع)

٤١ — علم أصول الفقه ، للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، دار القلم للطباعة والتوزيع بالكويت . الطبعة التاسعة ١٣٩٠ ﻫ ١٩٧٠ م

(ف)

٤٢ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، لأحمد بن على بن محمد ابن حجر العسقلانى . المطبعة السلفية ، وطبعة أخرى بالمطبعة الأميرية سنة ١٣٠١ ﻫ الطبعة الأولى

٤٣ — فتح القدير ، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ ﻫ على الهداية شرح بداية المبتدى مطبعة مصطفى محمد .

٤٤ — فسخ العقد فى الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه لعلى أحمد على مرعى مكتوبة بالآلة الضاربة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

٤٥ — الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ، لمحمد بن الحسن الحجوى الثعالبى الفاسى (١٢٩١ ﻫ ١٣٧٦ ﻫ) الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦ ﻫ دار مصر للطباعة .

(ك)

٤٦ — كشاف القناع عن متن الإقناع : لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى ، لم يبين عليه اسم المطبعة

٤٧ — كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار ، لتقى الدين أبى بكر ابن محمد الحصنى الحسينى مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر سنة ١٣٥٠ ﻫ

(م)

٤٨ — المحلى ، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ . تحقيق محمد منير الدمشقي . إدارة الطباعة المنيرية سنة ١٣٥١ هـ

٤٩ — المختار من كتاب كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، وهو شرح علي بن محمد بن محمد بن محمد بن خلف المصري المولود سنة ٨٥٧ والمتوفى سنة ٩٣٩ هـ على رسالة عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المولود سنة ٣١٠ والمتوفى في سنة ٣٨٩ هـ الشركة العربية الطباعة والنشر .

٥٠ — المختار من كتاب اللباب في شرح الكتاب ، لعبد الغني الغنيمي أحد علماء القرن الثالث عشر ، على المختصر المشتهر باسم « الكتاب» تأليف أحمد بن محمد القدوري المولود سنة ٣٣٢ والمتوفى سنة ٤٢٨ هـ . الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

٥١ — المختصر النافع في فقه الإمامية . لجعفر بن الحسن الحلي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ مطابع دار الكتاب العربي بمصر

٥٢ — المدونة الكبرى، لأبي غانم الخراساني الأباضي، رتبها وحققها وشرحها محمد بن يوسف أطفيش الأباضي الجزائري ، المولود سنة ١٢٣٦هـ المتوفى سنة ١٣٣٢ هـ . دار اليقظة العربية في سوريا ولبنان سنة ١٣٩٤ هـ ١٩٧٤ م

٥٣ — مسالك الدلالة على مسائل متن الرسالة ، للحافظ أحمد بن محمد ابن الصديق . الطبعة الثانية لم يبين عليها اسم المطبعة .

٥٤ — المصباح المنير ، لأحمد بن محمد علي المقري الفيومي

٥٥ — مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب من علماء الشافعية فى القرن العاشر الهجرى ، على متن المنهاج لأبى زكريا يحى بن شرف النووى من علماء الشافعية فى القرن السابع الهجرى . مطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٧٧ هـ ١٩٥٨ م

٥٦ — المغنى ، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة ، المتوفى سنة ٦٣٠ هـ على مختصر عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ هـ الطبعة . الأولى بمطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ

٥٧ — مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين ، لأبى الحسن على ابن اسماعيل الأشعرى المتوفى سنة ٣٣٠ هـ تحقيق الشيخ محمد محى الدين عبد الحميد . مطبعة السعادة .

٥٨ — مقدمة ابن خلدون ، لعبد الرحمن بن خلدون . طبع المطبعة الأزهرية سنة ١٩٣٠ م

٥٩ — الملل والنحل ، لأبى الفتح عبد الكريم الشهرستانى المتوفى سنة ٥٤٨ هـ طبع مؤسسة الخانجى بمصر سنة ١٣٢١ هـ

٦٠— المنتقى فى تاريخ التشريع الإسلامى ، للدكتور محمد أنيس عبادة دار الطباعة المحمدية .

٦١ — من لا يحضره الفقيه ، لأبى جعفر محمد بن الحسن بن على ابن الحسين بن موسى بن بأبويه القمى . مطبعة الأفتاب سنة ١٣٧١ هـ

٦٢ — منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب ، للدكتور عبد السميع أحمد إمام الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣ هـ ١٩٧٣ م مطبعة حسان بالقاهرة .

٦٣ — الموجز فى أصول الفقه للشيخ عبد الجليل القرنشاوى وآخرين مطبعة السعادة .

٦٤ — المهذب ، لأبى اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروزابادى

الشيرازي مطبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة .

(ن)

٦٥ — النخبة النبهانية، للشيخ محمد بن خليفة النبهاني مطبعة مصطفى محمد

٦٦ — نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن أحمد ابن حمزة بن شهاب الدين الرملي . المنوفي المصري الأنصاري المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٨٦ هـ ١٩٦٧ م

٦٧ — نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ . الطبعة الأولى بالمطبعة العثمانية المصرية سنة ١٣٥٧ هـ

(هـ)

٦٨ — الهداية ، شرح بداية المبتدى ، كلاهما لعلي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ مطبوع مع فتح القدير . مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة

الفهرست

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع		الصفحة

الفصل الثالث

تصويب الأخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣	١٥	الألفة	والألفة
٥	١	حرصى	حرص
١٩	١	أن عقد لازم ومالك	أن عقد الزواج عقد لازم وملك
٣٦	١٧	الرتق القرن	الرتق والقرن
٥٦	١٠	وإذ	وإذا
٦١	٢٠،٢١	بنهاية العمر آراء العلماء	بنهاية العمر وبهذا ننتهى من كلامنا عن آراء العلماء فى التفريق بين الزوجين بالعيوب التى تمنع الاستمتاع ، وننتقل الآن إلى بيان آراء العلماء
٦٦	١	والنظاء	والنظائر
٩٣	١٢	الفريق	التفريق
١٠٥	١٨	بإعسار الزوج أو	بإعسار الزوج بالمهر أو
١٢٨	١٩	ووجه	ووجه
١٢٩	١٠	الحرارة	الأربعة
١٣٧	٧	لا يحسقب	لا يحتسب
١٤٥	١١	الفوح	الفرج
١٤٦	٩	الرغا	الزنا
١٤٧	١	التر	التى
١٤٧	١٧	لتحقق	يتحقق
١٤٨	١١	وطئتها	وطئها

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٦٠	١٥	أن قدامة	ابن قدامة
١٦٠	٢١	رقم ١٧	رقم ٧١
١٨٢	٩	المتعة عند عامة العلماء	المتعة ، ولا يجب للمرأة شيء سوى المتعة ، هذا هو الحكم عند عامة العلماء ،
١٨٢	١٥	ولا يجب للمرأة شيء سوى المتعة ، هذا هو الحكم	الصواب حذف هذا السطر كله لأنه ليس مكانه هنا
١٨٦	٣	فالمهر	المهر
١٩٢	٢	والآخر	والأخرى
٢١١	١٩	لكن	لكى
٢١٢	١٠	زوجة	زوجته
٢٢١	٦ بالهامش	رضى	رضا
٢٢٢	١١	يجيب	يجب
٢٢٤	٨	فيقارقوهن	فيفارقوهن
٢٣١	١٠	وقيل	وقبل
٢٤٥	١٦	المعقول	والمعقول
٢٤٨	٥	الاستدل	الاستدلال
٢٥٨	١٨	جددها	حددها



رقم الإيداع بدار الكتب
٢٠٨٨ / ١٩٨١ م